



Ricardo Augusto Herzl

NEOPROCESSUALISMO, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO
Tendências do direito processual civil à luz do
neoconstitucionalismo

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de
Avelar Lamy

Florianópolis
2012

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Herzl, Ricardo Augusto

Neoprocessualismo, processo e constituição
[dissertação] : tendências do direito processual
civil à luz do neoconstitucionalismo / Ricardo
Augusto Herzl ; orientador, Eduardo de Avelar Lamy
- Florianópolis, SC, 2012.
p. 150; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal
de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.
Programa de Pós- Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Neoprocessualismo. 3.
Neoconstitucionalismo. 4. Evolução do Direito
Processual Civil. 5. Princípios do Direito
Processual Civil. I. Lamy, Eduardo de Avelar. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Ricardo Augusto Herzl

NEOPROCESSUALISMO, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO
Tendências do direito processual civil à luz do
neoconstitucionalismo

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis (SC), 13 de dezembro de 2012.

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Ricardo Soares Stersi dos Santos, Dr.
Presidente
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Luis Carlos Cancellier de Olivo, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Narciso Leandro Xavier Baez, Dr.
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Dedico esta dissertação aos meus pais
Elcio e Marlene, aos meus irmãos
Fábio e Rene, e à querida Darla.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade, saúde e disposição.

Agradeço à minha família, em especial à minha recém esposa Darla, em razão do amor, carinho, amizade, companheirismo, paciência e compreensão.

Agradeço ao Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy pela orientação.

Agradeço aos amigos da Justiça Federal de Blumenau, em especial à Josie, por me auxiliar na revisão deste trabalho, e à Gabi e à Rosi, por compartilharem quase que diariamente das minhas angústias, conquistas e felicidades.

Agradeço a todos os Professores e demais companheiros do Mestrado, pela convivência construtiva, enriquecida e vitaminada de conhecimento.

Agradeço, por fim, aos colegas coordenadores, docentes e alunos das faculdades Uniasselvi, IBES/Sociesc e FURB, pela curiosidade e apoio.

O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move no direito; e se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede diante de suas fraquezas, o direito cederá em sua última e definitiva revelação.

Um dos grandes dramas do nacional-socialismo foi o de ter criado toda uma doutrina autoritária do direito e ter feito do juiz o *Führer* do processo. E por menos que tenha tido experiência jurídica, essa concepção foi trágica. Não mais porque o sistema pudesse ser manejado pelos homens, mas porque os homens eram manipulados pelo sistema.

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valem os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo.

(Eduardo Juan Couture, *Introdução ao estudo do processo civil*, Montevideu, 1949)

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar o papel do neoconstitucionalismo como agente catalizador na transformação do direito processual civil, inaugurando uma nova etapa intitulada *neoprocessualismo*, de modo a destacar as principais tendências do direito processual civil. Os horrores experimentados durante a segunda grande guerra inauguraram o neoconstitucionalismo, identificado, basicamente, pela consolidação do estado democrático de direito a partir da sua centralização nos direitos fundamentais, da reaproximação entre o direito e a ética e de uma nova dogmática de interpretação constitucional que garanta a unidade, a harmonia e a força normativa das normas constitucionais. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito proporcionam o repensar do direito processual civil. No neoprocessualismo não se nega a importância, a coexistência e a necessidade da presença de características marcantes trazidas pelas demais fases percorridas pela ciência processual. Deste modo, foi fundamental ao desenvolvimento do direito processual ser e continuar a ser tratado como uma ciência autônoma, constituída de seus próprios princípios e institutos. Ainda, deve ser sempre ressaltada a visão instrumental do processo, proporcionando a reaproximação entre o processo e o direito material, coexistindo em uma relação de constante simbiose para obtenção do fim pelo meio. Para o neoprocessualismo, amplia-se o conceito de processo: trata-se de um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais. Logo, é possível que exista processo dentro e fora da jurisdição, tornando possível a aplicação dos princípios constitucionais processuais na arbitragem e no processo administrativo. O direito processual civil deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos princípios que emanam da Constituição, sob pena violação ao pacto político fundamental. Mais que um mero instrumento de obtenção de tutela jurisdicional, o processo civil transforma-se em um meio permanente e indispensável ao exercício da cidadania, exigindo maior capacidade ética na aplicação de seus institutos. No neoprocessualismo, torna-se necessária a expansão da interpretação e da criatividade judicial para a conservação e concretização de direitos fundamentais quando a lei não for bastante para cumprir sua função social. Diante da eminente crise de credibilidade do sistema processual, resta a necessidade de centralizar o estudo do processo dos institutos processuais na efetividade que produzem, tendo-se por base o binômio segurança-celeridade. O

desenvolvimento de técnicas de filtragem às instâncias superiores e técnicas de vinculação às decisões judiciais, no Brasil, têm aproximado os sistemas do *civil law* e do *common law*, revelando a tendência de objetivação do processo por meio da transcendência jurisprudencial. Assim, da constante expansão dos axiomas constitucionais surge uma nova fase evolutiva da ciência processual, o *neoprocessualismo*: o estudo da mudança paradigmática do direito processual civil e suas tendências, a partir das influências do neoconstitucionalismo, tornando-o mais humano e apto à realização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Neoconstitucionalismo. Evolução do Direito Processual Civil. Princípios do Direito Processual Civil. Efetividade do Processo. Criatividade judicial. Transcendência jurisprudencial.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the role of agent neoconstitutionalism as catalyst in the transformation of civil procedural law, ushering in a new stage neoprocessualism entitled, in order to highlight the main trends of civil procedural law. The horrors experienced during the second world war inaugurated the neoconstitutionalism, identified primarily by the consolidation of the democratic state of law from its centering on fundamental rights, the rapprochement between law and ethics and a new dogmatic interpretation of constitutional guarantees unity, harmony and normative force of constitutional norms. The constitutionalization of the right neoconstitutionalism and provide a rethinking of civil procedural law. In neoprocessualism not deny the importance and necessity of the coexistence presence of the striking features brought by other procedural stages traversed by science. Thus, it was fundamental to the development of procedural law and continue to be treated as an autonomous science, consisting of its own principles and institutes. Still, it should always be stressed the instrumental view of the process, providing the rapprochement between the process and the right material, coexisting in a symbiotic relationship of constant order to obtain the middle. For neoprocessualism, expands the concept of process: it is a complex legal act resulting from the application of constitutional principles on a procedural basis, equipping the right equipment and providing the satisfaction of fundamental rights. Therefore, it is possible that there is process inside and outside the jurisdiction, making possible the application of constitutional principles in arbitration proceedings and in administrative proceedings. The civil procedural law should be created, interpreted and applied the principles emanating from the Constitution, under penalty violation of fundamental political pact. More than a mere instrument for obtaining judicial protection, the civil case turns into a means permanent and indispensable for the exercise of citizenship, ethics requiring greater capacity to apply their institutes. In neoprocessualism, it becomes necessary to expand the judicial interpretation and creativity for the preservation and realization of fundamental rights when the law is not enough to fulfill its social function. Faced with the imminent crisis of credibility of the procedural system, there remains the need to centralize the process of studying the institutes procedural effectiveness in producing, having been based on the binomial-speed safety. Developing filtering techniques and techniques to higher levels of binding judicial decisions, in Brazil, have approached the systems of *civil law* and

common law, showing the tendency of objectification process through jurisprudential transcendence. Thus, the constant expansion of constitutional axioms comes a new evolutionary phase of science procedural, the neoprocessualism: the study of the paradigm shift of civil procedural law and its trends, influences from the neoconstitutionalism, making it more human and able to achieve the fundamental rights.

Keywords: Neoprocessualism. Neoconstitucionalism. Evolution of Civil procedural law. Principles of Civil procedural law. Effectiveness of the process. Judicial creativity. Judicial transcendence.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|-----|
| Figura 1 – Fase sincretista do direito processual civil..... | 33 |
| Figura 2 – Relação entre ação e exceção em seus diversos sentidos | 38 |
| Figura 3 – Fase autonomista do direito processual civil..... | 39 |
| Figura 4 – Fase instrumental do direito processual civil..... | 47 |
| Figura 5 – Evolução do neoconstitucionalismo..... | 55 |
| Figura 6 – Historicidade dos direitos fundamentais..... | 67 |
| Figura 7 – Características dos direitos fundamentais..... | 74 |
| Figura 8 – Neoprocessualismo: um novo conceito de processo..... | 83 |
| Figura 9 – Princípios fundamentais do direito processual civil..... | 106 |
| Figura 10 – Criação do direito pelos juízes..... | 117 |
| Figura 11 – Comparação entre <i>civil law</i> e <i>common law</i> | 123 |

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 19 |
| 2 | DIREITO PROCESSUAL CIVIL: UMA CIÊNCIA EM EVOLUÇÃO | 23 |
| 2.1 | ACTIO ROMANA E FASE SINCRETISTA DO PROCESSO | 23 |
| 2.2 | AUTONOMIA CIENTÍFICA DO PROCESSO E TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL | 33 |
| 2.3 | INSTRUMENTALIDADE E ESCOPOS DO PROCESSO | 40 |
| 3 | NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 49 |
| 3.1 | A LUTA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO | 49 |
| 3.2 | PRINCÍPIOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL .. | 55 |
| 3.3 | HISTORICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 59 |
| 3.4 | DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 62 |
| 3.5 | DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERÍSTICAS | 68 |
| 3.6 | DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 75 |
| 4 | NEOPROCESSUALISMO E TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL..... | 77 |
| 4.1 | AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE PROCESSO | 77 |
| 4.2 | PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS | 84 |
| 4.2.1 | Princípios: o elo entre o processo e a Constituição | 84 |
| 4.2.2 | Diferentes graus de princípios do direito processual civil... 85 | 85 |
| 4.2.3 | Princípios do processo civil de terceiro grau..... | 86 |
| 4.2.4 | Princípios do processo civil de segundo e primeiro graus... 89 | 89 |
| 4.2.4.1 | Princípios derivados do juiz natural | 89 |
| 4.2.4.2 | Princípios derivados do acesso à justiça..... | 92 |
| 4.2.4.3 | Princípios derivados do devido processo legal..... | 94 |
| 4.3 | EXPANSÃO DA CRIATIVIDADE JUDICIAL | 107 |
| 4.4 | APROXIMAÇÃO DO CIVIL LAW AO COMMON LAW..... | 117 |
| 4.4.1 | Busca pela efetividade do processo..... | 117 |
| 4.4.2 | Transcendência jurisprudencial..... | 121 |
| 4.4.2.1 | Técnicas de filtragem às instâncias superiores | 126 |
| 4.4.2.2 | Técnicas de vinculação a precedentes judiciais | 128 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 133 |
| | REFERÊNCIAS | 141 |

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade até o século XIX, o direito processual civil esteve imerso sob uma *visão sincretista*: havia manifesta confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal. Tinha-se uma *visão plana do ordenamento jurídico*¹, onde a ação identificava-se com o próprio direito subjetivo lesado. Assim, a jurisdição não passava de uma mera sucessão de atos. Logo, o processo não passava da ideia de um simples procedimento, um mero caminho, sem qualquer autonomia em relação ao direito material.

Neste momento histórico prevaleceu a *teoria civilista* ou *immanentista da ação*², segundo a qual a ação consistia na qualidade do direito reagindo à sua violação. Ação nada mais era que o direito material colocado em movimento. Ação seria o direito de pedir em juízo o que lhe é devido. Logo, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação.

A autonomia científica do direito processual civil teve como berço a célebre discussão entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther³, resultando na nítida distinção entre o direito do lesado e a correspondente ação. Mas foi Oskar Von Bülow⁴ quem desenvolveu e racionalizou uma teoria a sustentar a autonomia do processo, inaugurando a fase denominada de *processualismo científico*.

Após a afirmação do processo como relação jurídica processual – circunstância que proporcionou o desenvolvimento do direito processual civil enquanto ciência autônoma do direito –, a visão instrumental do processo propôs que o instituto da ação saísse do centro das discussões, dando maior relevância à atividade jurisdicional⁵.

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário da ação, preconizou a maior visão publicista do direito processual, como instrumento do Estado, um meio, legitimado a partir dos fins a que se destina (raciocínio teleológico). Melhor dizendo: o processo não pode ser observado como um fim em si mesmo; ao contrário, serve de

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 250.

³ Cf. WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre "la actio"*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

⁴ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 15-16.

⁵ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 91-93.

instrumento para a execução das finalidades eleitas e perseguidas pelo Estado.

Paralelamente, o *constitucionalismo* traduziu-se em um movimento social, político, filosófico e jurídico que questiona os esquemas tradicionais de domínio político do Estado, defendendo o *ideal de liberdade humana* e a *limitação do poder absoluto*.

O ideal do *neoconstitucionalismo* ou *constitucionalismo pós-moderno* surge durante o século XX, após o choque travado entre o capital e o trabalho após a revolução industrial e a experimentação da humanidade aos horrores causados pela segunda guerra mundial. As constituições inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores*, passando a contemplar o *princípio da dignidade humana* e outras opções políticas fundamentais, traduzindo-se na *corporificação* de um estado de *bem-estar social*.

A inserção de *valores* ao texto constitucional revelou a *centralidade dos direitos fundamentais*, a *reaproximação entre direito e ética*, e uma *nova dogmática de interpretação constitucional*, resultando em um profundo processo de *constitucionalização do Direito*. Com isso, toda a ordem jurídica passa a ficar impregnada de valores constitucionais, mormente com reflexos no direito processual civil.

A constitucionalização do processo civil proporcionou o *repensar do conceito de processo*, à luz dos direitos e garantias fundamentais: trata-se do *neoprocessualismo*. Atualmente, o processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual. O processo deve ir além: primeiro, conceitua-se o processo pela observância dos direitos fundamentais a ele atinentes, aplicados a uma base procedimental; segundo, impõe-se desatar as amarras que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição.

Neste sentido, aduz Elio Fazzalari:

[...] Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o “processo” (esquema da disciplina de sua competência) e permanecem ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado *clichê* pandetístico da “relação jurídica processual”.

[...] Como repetido, o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em

contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.

[...] Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e, obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.⁶

Por outro lado, os paradigmas da ciência tradicional – simplicidade, estabilidade e objetividade – já não são suficientes para responder aos anseios da atual sociedade. Estamos vivendo um momento histórico marcado pela complexidade, instabilidade e intersubjetividade das relações sociais⁷. Assim, o Poder Judiciário tem exercido importante papel diante do aumento de litigiosidade; esta, contudo, acarreta morosidade e, conseqüentemente, crise de confiança social no sistema processual.

Um processo, individualmente considerado, não pode ser considerado como apenas mais uma *ilha perdida no oceano* da jurisdição. A sociedade espera do processo um meio idôneo, um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Neste tocante, mormente sob o ponto de vista sistêmico, não mais se justifica que sentenças que decidam questões exclusivamente de direito possam ser antagônicas entre si se já existe entendimento pacificado pelas Cortes Superiores.

Se o processo pode ser entendido como um instrumento de realização de direitos fundamentais⁸, a efetividade consiste na potencialidade de um processo atingir melhor os seus objetivos, por intermédio do binômio segurança-celeridade. Logo, a efetividade torna-se, enquanto uma qualidade do processo, a potencialidade da maior realização possível dos direitos fundamentais.

A fim de colaborar com a solução da crise no sistema processual, o moderno conceito de processo – antes preocupado com a ação e a jurisdição – deve centrar maior atenção no estudo da sua efetividade, por

⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 109-128.

⁷ VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. Campinas: Papirus, 2010, p. 153.

⁸ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 38.

meio da utilização de institutos processuais que proporcionem ao processo ganho em segurança e celeridade.

Aqui, ganham terreno a expansão da criatividade judicial e a *transcendência jurisprudencial*, ampliando a importância das decisões judiciais na ponderação de princípios constitucionais, aproximando o sistemas do *civil law* ao *common law*.

Primeiro, mergulha-se nas *raízes do direito processual*, demonstrando desde a *actio* do direito romano até o desenvolvimento científico do direito processual civil, perpassando pelas fases da autonomia e do instrumentalismo, com a preponderância do fim à forma.

Todavia, a evolução do direito processual civil não pode ser estudada sob uma visão fechada, como se não fizesse parte de um todo em constante evolução. Ocorre que os horrores produzidos pela segunda guerra mundial produziram um repensar de mundo, agora focado na salvaguarda dos direitos humanos, influenciando o constitucionalismo e reestruturando a grande maioria dos sistemas jurídicos em torno dos direitos fundamentais. Paralelamente, surge e interfere diretamente nos destinos do direito processual civil um processo histórico e gradual de *constitucionalização do direito*.

Por isso, em um segundo momento, busca-se estudar as importantes transformações trazidas pelo *neoconstitucionalismo*, sem procurar esgotar este assunto, mas apenas descrevendo suas qualidades principais: a prevalência dos princípios em detrimento das regras, a descrição das técnicas de hermenêutica constitucional e a projeção da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais por todo o sistema jurídico.

Ainda, pretende-se demonstrar o papel do neoconstitucionalismo como “agente catalisador” na transformação do direito processual civil, inaugurando uma nova etapa intitulada *neoprocessualismo*.

Este trabalho tem por objetivo final revelar as *tendências do direito processual civil* à luz do neoconstitucionalismo, destacando-se as *principais características do neoprocessualismo*, dentre elas a construção de um conceito mais amplo de processo – desatado das amarras exclusivas da jurisdição (em que pese não menos importante) –, o desvendar do conteúdo dos mais relevantes princípios do direito processual civil, justificar a necessidade de expansão da criatividade judicial e exemplificar algumas técnicas de filtragem de acesso às instâncias superiores e de vinculação às decisões judiciais.

2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL: UMA CIÊNCIA EM EVOLUÇÃO

2.1 ACTIO ROMANA E FASE SINCRETISTA DO PROCESSO

A história da humanidade civilizada confunde-se com a história do direito. É certo que *cada povo, enquanto complexo cultural e organização social, dispõe de um sistema jurídico que traduz o seu grau de evolução na história*. Os direitos sempre foram espelhos de épocas. Aqueles que cunharam os direitos dos povos nada mais fizeram senão retratar a sociedade de sua época.

Desde que o homem sentiu a existência do direito, começou a converter em leis as necessidades sociais. Para trás havia ficado a era da força física e da artilosidade, com as quais se defendera na caverna e nas primeiras organizações gregárias. Agora o aspecto das coisas já era diferente: a própria natureza se ataviara, para gáudio dos sentidos. E a sensação do justo e do equitativo se infiltrava pelas frinchas do seu espírito. Uma noção inusitada do procedimento humano se distendia para dentro do seu ser, promanada do desconhecido e do mistério da criação.

[...] Os direitos surgiram precisamente quando as civilizações originárias atingiram o momento necessário às suas eclosões. Resultaram delas, do ápice cultural a que tinham atingido, após a saturação do estado primitivo.⁹

Conquanto seja inegável a relação entre a codificação do direito e o surgimento da *escrita humana*, Antônio Carlos Wolkmer¹⁰ lembra que as civilizações mais arcaicas, como as dos aborígenes da Austrália, Nova Guiné e da Amazônia do Brasil, já possuíam regras de convivência sem qualquer conhecimento da escrita formal, calcadas nas tradições de cada povo, principalmente na prática religiosa e nas relações de parentesco. Assim, os direitos dos povos espelham seu mundo social, seu tempo e se explicam no espaço de sua gestação, o que justifica a sua natural *historicidade*. Dentre os povos antigos

⁹ ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 13-14.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 2.

destacaram-se o direito egípcio¹¹, o mesopotâmio, o mosaico, o grego, o hindu e o romano.

Em relação ao Direito Processual Civil, a civilização grega destacou-se por estar à frente e, ao mesmo tempo, por influenciar a civilização romana.

[...] Um exemplo significativo de quão evoluído era o direito processual grego é encontrado no estudo dos árbitros públicos e privados. Trata-se aqui de duas práticas que se tomaram comuns, no direito Grego, como alternativas a um processo judicial normal: a arbitragem privada e a arbitragem pública. A arbitragem privada era um meio alternativo mais simples e mais rápido, realizado fora do tribunal, de se resolver litígio, sendo arranjada pelas partes envolvidas que escolhiam os árbitros entre pessoas conhecidas e de confiança. Nesse caso o árbitro (ou árbitros) não emitia um julgamento, mas procurava obter um acordo, ou conciliação, entre as partes. Segundo Aristóteles, o árbitro buscava a equidade [sic] e não simplesmente o cumprimento de uma lei codificada. A arbitragem privada corresponderia, portanto, a nossa moderna mediação. [...]¹²

Contudo, sem sombra de dúvidas, o direito romano foi aquele que mais influenciou o direito brasileiro. No tocante ao processo civil, o direito romano dividiu-se em três fases: *legis actiones*, *per formulas* e *extraordinaria cognitio*¹³.

Na fase da *legis actiones*, também denominado de *período primitivo* (que se estendeu até 149 a.C.), o processo civil era visto como um procedimento extremamente solene, exigindo uma ritualística ligada ao misticismo religioso¹⁴, em que o mero equívoco de palavras ou

¹¹ Consoante Paulo Dourado de Gusmão (in **Introdução ao estudo do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 301), o mais antigo documento jurídico egípcio que se tem notícia é o *Papiro de Berlim*, da VI Dinastia (2420-2294 a.C.). Impende ressaltar que embora nenhum texto legal do período antigo do Egito tenha chegado ao conhecimento do homem moderno, foram inúmeros os contratos, testamentos, decisões judiciais e atos administrativos encontrados.

¹² WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 94-95.

¹³ BERMUDEZ, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973, p. 28.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

gestos, consistentes em juramentos e sacrifícios (*sacramentum*) poderiam levar à perda do direito. Não era admitida nenhuma forma de representação: o cidadão romano (*ius civile*) postulava pessoal e diretamente ao magistrado.

Basicamente, o procedimento então adotado era dividido em duas etapas: primeiro, por meio oral, um *pretor* (magistrado público) ouvia autor e réu; em seguida, pronunciava os dizeres *do, dico, addico* – trata-se da denominada *tria verba legitima*¹⁵ –, em que se concedia a ação da lei, fixava-se o objeto do litígio e "homologava-se" o contrato arbitral por meio do qual as partes se comprometiam em se submeterem à decisão do juiz provocado; em um segundo momento, o *iudex privatus* (árbitro privado escolhido dentre os cidadãos) coletava as provas e prolatava a sentença.

Vale ressaltar que a *legis actiones* abarcou dois períodos importantes da civilização romana: o *período da realeza*¹⁶ (do início de Roma a 510 a.C.), as instituições políticas estavam ligadas a um estado teocrático e a um direito costumeiro, em que a função da magistratura era exercida e monopolizada pelos *pontífices*; e, após a queda da realeza, o *período da república* (510-27 a.C.), quando foi introduzida a lei como fonte do direito e a magistratura passou a ser exercida também por árbitros plebeus, de forma temporária, colegiada, gratuita e, ainda, irresponsável.

A fase *per formulas* ou período formulário, consoante José Rogério Cruz e Tucci¹⁷, teve início com a edição da *lex Aebutia* (148-126 a.C.). O auge do império romano e a conquista de grandes territórios trouxe consigo um significativo aumento da complexidade das relações sociais. As fórmulas postas à baila já não eram suficientes. Em razão disso, permitiu-se aos pretores criar fórmulas (instruções escritas) destinadas aos árbitros privados.

O procedimento manteve-se dividido em duas fases, mas tratou de admitir a representação das partes por advogados. Ainda, o direito romano estendeu-se aos cidadãos romanos (*cives*) e aos estrangeiros (*peregrinus*)¹⁸, além de observar, mesmo que de modo acanhado, o contraditório e o livre convencimento do juiz.

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 140-143.

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 39.

¹⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 18.

Com a introdução das fórmulas escritas, pela *lex Aebutia*, os *iudicia privata* sofrem grandes transformações, cedendo lugar a uma conceituação das regras do procedimento, menos rígidas e mais adaptadas ao reclame da comunidade. [...]

A fórmula – que altera a característica eminentemente oral do sistema anterior – correspondia ao esquema abstrato contido no edito do pretor, e que servia de paradigma para que, num caso concreto, feitas as adequações necessárias, fosse redigido um documento (*iudicium*) – pelo magistrado com o auxílio das partes –, no qual se fixava o objeto da demanda que devia ser julgada pelo *iudex* popular.¹⁹

A partir de 27 a.C., Roma ingressa no *período do principado*, em que o sistema político passa da república ao império, após intensa crise política, com a centralização de todos os poderes em Otaviano – embora tenha mantido as principais instituições da República –, restando agraciado com o título de Augusto pelo Senado. O então imperador passa a agir como um monarca absoluto, exercendo poderes ilimitados. Nesta época, surgem os maiores jurisconsultos clássicos e sistematizadores do direito romano, dentre eles *Salvio Juliano*, *Papiniano*, *Paulo*, *Gaio*, *Ulpiano* e *Modestino*.

Otaviano Augusto reorganizou todo o sistema processual romano e oficializou definitivamente a utilização de fórmulas por meio da *lex Julia privatorum* (17 a.C.), em substituição das *legis actiones*, dando início paulatinamente à fase da *cognitio extraordinaria*, em que houve a unificação do papel de julgador, eliminando a figura dos *jurisconsultos* (árbitros escolhidos dentre os cidadãos) e concentrando poderes nas mãos dos *pretores* (agora, funcionários públicos): surgiram os primeiros juízes profissionais²⁰. Assim, a função jurisdicional, mormente as de natureza executiva, antes parcialmente privada, desloca-se para o Estado, tornando-se pública:

Em consequência [sic] do enfraquecimento do formalismo, na *cognitio* ou *libellus* (esse procedimento começa com a entrega pelo demandante ao juiz de um escrito, o *libellus conventionis*, daí seu nome) começa a ser

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 47.

²⁰ BERNABENTOS, Omar Abel. **Teoria general del proceso**, Vol. 2. Rosario: Juris, 2005, p. 49-50.

restringido o predomínio das partes sobre os trâmites procedimentais, em favor de um papel mais acentuado do juiz. Aumenta-se assim, de forma especial, o domínio do tribunal sobre a causa, passando aquele a caracterizar-se como lídimo representante do impulso do processo, embora não vedada a intervenção das partes. Ao mesmo tempo, os princípios da imediatidade e oralidade começam a perder vigência, admitindo-se exceções, pois, muitas vezes, na ausência das partes, a determinação da sentença apoia-se em atas e outros documentos.

Em virtude dessa publicização do processo, a aporcação e eleição das provas deixa de ser coisa das partes e se transfere ao tribunal. Podem ser empregadas como meios de prova, tanto no período clássico quanto no pós-clássico, todas as circunstâncias pessoais e reais, fáticas e jurídicas, nas quais pudesse o juiz apor sua decisão.²¹

Com a cristianização de Roma, no ano de 285, por Dioclesiano, inicia-se o *período do baixo império* – em razão da forte decadência política e cultural – e a fonte de criação do direito passa a ser a Constituição Imperial, em total superação e substituição às fórmulas²².

Mas o grande salto do direito romano ocorre em torno de 530, quando Justiniano encarrega Triboniano para, no prazo de dez anos, compilar todo o direito romano²³. Para tal desiderato foi composta uma comissão por dezesseis membros e o trabalho foi concluído em três anos, com a elaboração do *Digesto* e das *Pandectas*. Em seguida, Justiniano escolheu três compiladores (Triboniano, Doroteu e Teófilo) para publicarem uma obra que servisse aos estudantes como introdução ao direito, denominando-a *Institutas*. Justiniano ainda introduziu algumas modificações na legislação mediante as Constituições Imperiais. Finalmente, ao conjunto de compilações dá-se o nome de *Corpus Iuris Civilis*, composta pelas *Institutas* (manual escolar), o *Digesto* (compilação de jurisprudência), o *Código* (compilação de leis) e as *Novelas* (reunião das constituições promulgadas após Justiniano).

Na medida em que as *responsas* (sentenças) eram prolatadas, as premissas e opiniões exaradas em suas justificações, em um mesmo

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

²² *Ibidem*, p. 18.

²³ WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 143.

sentido, fazem surgir o termo *jurisprudência*, correspondendo à forma de pensar dos homens prudentes.

Neste sentido, a jurisprudência romana guarda grande consonância com o que os gregos chamavam de *fronesis*²⁴: a construção de uma espécie de sabedoria e capacidade, baseada na busca pela verdade, desenvolvida apenas pelos homens mais prudentes. Para se obter a *fronesis* era necessário o aprimoramento de uma técnica ou arte capaz de confrontar opiniões e ideias correspondentes ao que Aristóteles denominou *dialética*.

A dialética aristotélica pauta-se pela defesa de premissas prováveis (tese), postas em prova sucessivamente, instaurando-se um diálogo entre ideias antagônicas. A ideia antagônica, ou seja, a tese contrária, geradora do embate de posições, denomina-se *crítica* (antítese). Do embate das contradições, pela dialética, surge uma espécie de *verdade procurada*. O uso da técnica dialética pelos romanos levou-os a um saber de natureza prática: a *praxis*.

Desenha-se, assim, um esboço do que seria o pensamento do *homem prudente* e em torno deste, a partir da *praxis*, elaboram-se regras e princípios aplicáveis a todos. Surge o Direito como uma solução hipotética decisória – uma espécie de "receita do bolo" – capaz de conter em si uma resposta supostamente correta às diferentes pretensões jurídicas. Logo, o Direito ganha alma própria e passa a se constituir em um mundo com critérios e conceitos próprios, completamente independente dos fatos concretos que virão a ser objeto de sua análise. As verdades são institucionalizadas, e, por meio de fórmulas genéricas, constituem-se no Direito.

Mas de nada valem fórmulas genéricas se aqueles que as aplicam não possuem legitimidade para tal. A interpretação da norma e sua aplicação à luz de um caso em concreto, para que válida fosse, dependia diretamente da *auctoritas*, ou seja, da força coercitiva da autoridade:

Ora, a força coercitiva da autoridade, nos diz Hannah Arendt citando Mommsen, estava ligada à força religiosa dos *auspices*, os quais, ao contrário dos oráculos gregos, não sugeriam o curso objetivo dos eventos futuros, mas revelavam apenas a confirmação ou desaprovação dos deuses para as decisões dos homens. Os deuses romanos não determinavam o que os homens fariam, mas aumentavam – isto é, engrandeciam as ações

²⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 35.

humanas. Assim, tinham autoridade aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação. Daí a importante noção romana de *gravitas*, traço proeminente de seus juristas.

O desenvolvimento da jurisprudência romana, a nosso ver, está ligado a este quadro. Afinal, o jurista, mais do que pelo seu saber – saber, aqui, tomado num sentido grego de conhecimento – era respeitado pela sua *gravitas*, o que indicava estar ele mais perto dos seus antepassados. Entende-se, por isso, que a teoria jurídica romana não era exatamente uma contemplação no sentido grego (*theoria*), mas, antes, a manifestação autoritária dos exemplos e dos feitos dos antepassados e dos costumes daí derivados. Os próprios gregos e sua sabedoria só se tornaram autoridade por meio dos romanos, que os fizeram seus antepassados em questão de filosofia, poesia, em matéria de pensamentos e ideias. Assim, o pensamento jurisprudencial dos romanos, embora se ligue de alguma maneira à prudência e à retórica gregas, tem um sentido próprio, alheio até certo ponto ao problema da relação entre teoria e práxis, como acontecia com Platão.²⁵

Logo, o que possibilitou aos romanos ir além da *theoria* grega para o desenvolvimento do Direito foi o respeito à religião e à tradição, reconhecendo na jurisprudência romana – além de um dos instrumentos mais efetivos de preservação de sua comunidade – um fundamento do certo e do justo. Assim, é a crença do povo que transforma as regras de convivência instituídas em verdades estatizadas, legitimadas e que seriam denominadas, futuramente, como *dogmas jurídicos*²⁶.

Com a decadência do império romano no ano de 585, a humanidade ingressava na idade média e respirava a denominada *idade das trevas*, com a fragmentação das organizações estatais ocidentais e a forte influência paternalista exercida pela igreja apostólica romana. Neste interregno, perderam-se muitas conquistas históricas, especialmente os ideais de democracia fomentados pelos gregos.

Após o século V, com Santo Agostinho, a Igreja adota a distinção romana entre *auctoritas* e *potestas*. A autoridade para a Igreja (que o faz

²⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 37.

em nome de Cristo) e o político fica sem a autoridade, só com o poder. Ainda, é reintroduzido o mito do “inferno”, em nome da fé.

Nasce no século XI, em Bolonha, o pensamento dogmático, derivado de uma resenha crítica dos *digestos justinianeus*, denominada *Littera Boloniensis*. Tais escritos serviram de base para os textos jurídicos estudados nas novéis universidades e eram submetidos em aula a uma técnica denominada *Trivium*, composta pela análise da gramática, da retórica e da dialética. O intérprete (exegeta) buscava harmonizar estes elementos, chegando a uma *solutio*.

Quanto à influência do Direito Romano e a construção de técnicas de interpretação científica do Direito na idade média, nos ensina Paulo Dourado de Gusmão:

O pluralismo jurídico resultante dos direitos das cidades, dos direitos feudais e dos direitos consuetudinários constituía grave ameaça para a unidade política do que restava de reinos, artificialmente divididos, e de nações em gestação. Casualmente, foi encontrada a solução para esse problema com a descoberta, no século XI, em Pisa, de um texto completo do Digesto de Justiniano. Era o direito que faltava à Europa medieval, para organizar a vida social em bases mais estáveis. Inéριο, gramático erudito da Universidade de Bolonha, entregou-se ao estudo desse texto, formulando interpretações (glosas) do mesmo. Glosas que, no século XII eram numerosas, formuladas nas entrelinhas do texto (glosa interlinear), e depois, à margem dos mesmos (glosa marginal) adaptando-o ao mundo medieval. Inicia-se, então com os Glosadores de Bolonha, o renascimento do direito romano na Idade Média. Deve-se esse ressurgir aos juristas das Universidades italianas, principalmente a Accursius (século XIII) e Bártolo, fundadores da ciência jurídica romanizada. Do trabalho dos glosadores resultou novo direito romano, adaptado à sociedade medieval cristianizada que, na Idade Moderna, se transformou em direito comum vigente em toda a Europa. Vigeu até o fim do século XIX, como *ratio scripta*, ou seja, direito por excelência.²⁷

²⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 314-315.

Observa-se neste período uma mudança na maneira do jurista encarar o conhecimento: se antes o hermeneuta se utilizava da prudência, resolvendo problemas pela equidade e sopesamento dos interesses em jogo, agora o hermeneuta vai além, transformando os casos problemáticos em paradigmáticos, buscando princípios e regras capazes de constituir um todo. Assim, o pensamento (juris)prudencial transforma-se em dogmático.

Além do direito romano interpretado pelos juristas de Bolonha (glosadores) e das regras das corporações de mercadores e das cidades, concorria para a construção do direito medieval um conjunto de regras construído pela Igreja Católica – o Direito Canônico. Tornou-se notório o *Decretum* de Graciano (1140) e os decretos papais.

Nos dogmas a autoridade (*auctoritas*) e a razão (*ratio*) se fundem em um só: concilia-se o espírito grego da *fronesis* (orientando a ação) com o espírito romano da *prudência* (confirmando o certo e o justo). Os dogmas traduzem-se em *verdades absolutas*: regem-se pelo princípio da proibição de negação. Isto faz do dogma um valor acima de qualquer crítica, tornando-se o fundamento de todo o Direito.

O dogma torna-se, então, um instrumento de poder, utilizado pela Igreja e pelos reis como forma de domínio político, na medida em que justificam sua autoridade pela legitimação a eles conferida por uma entidade divina.

Com o renascimento humanista florescendo em toda a Europa busca-se novamente o estudo das obras clássicas originais. Surge, a partir do século XVI, um movimento processual denominado *praxismo*²⁸:

A denominação praxismo vem de *praxe*, que significa rotina, uso, aquilo que se pratica habitualmente. Nesse período, o direito processual era considerado pelos juristas como um conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. A preocupação central não era a forma de realizar o processo. Não havia preocupação com o seu estudo teórico. Os estudos desse período estavam repletos de marcante preocupação forense. [...]

Os praxistas confundiam o direito material com o direito processual e esse com a prática forense. O direito processual era o adjetivo e o direito material o substantivo. A natureza jurídica do

²⁸ Cf. PRATA, Edson. **História do processo civil e sua projeção no direito moderno**. Rio de Janeiro, 1987.

processo era, para os praxistas, a de quase-contrato.²⁹

Conquanto o praxismo tenha sido o período de menor relevância para o desenvolvimento do direito processual civil, é certo que muito do seu retardo deveu-se ao momento histórico proporcionado pela *santa inquisição*, mormente nos séculos XVI e XVII, quando existia forte pressão na manutenção do *status quo* dominante. A ascensão dos estados liberais, impulsionados pela nova classe social então pujante – a burguesia – a partir do século XVIII, abre espaço à crítica no lugar dos dogmas.

Assim, desde os primórdios do direito até o século XIX, o direito processual civil esteve imerso sob uma *visão sincretista*: havia manifesta confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal. Tinha-se uma *visão plana do ordenamento jurídico*³⁰, onde a ação identificava-se com o próprio direito subjetivo lesado. Assim, a jurisdição não passava de uma mera sucessão de atos. Logo, o processo não passava da ideia de um simples procedimento, um caminho, sem qualquer autonomia em relação ao direito material.

Neste momento ganhou terreno a *teoria civilista* ou *immanentista da ação*³¹, segundo a qual a ação consistia na qualidade do direito reagindo à sua violação. Ação nada mais era que o direito material colocado em movimento. Ação seria o direito de pedir em juízo o que lhe é devido. Logo, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação. Trata-se do resgate e da demonstração da influência direta do direito romano sobre o direito processual civil.

A autonomia do processo, tão cara para os cultores da ciência processual de nossos dias, não se denotava, como é cediço, no direito romano. A razão determinante desse fato centra-se na concepção que tinham os juristas romanos da relação entre direito subjetivo material e ação judiciária (*actio*), porquanto, a rigor, as normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas de cunho substancial. [...] ³²

²⁹ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 56-57.

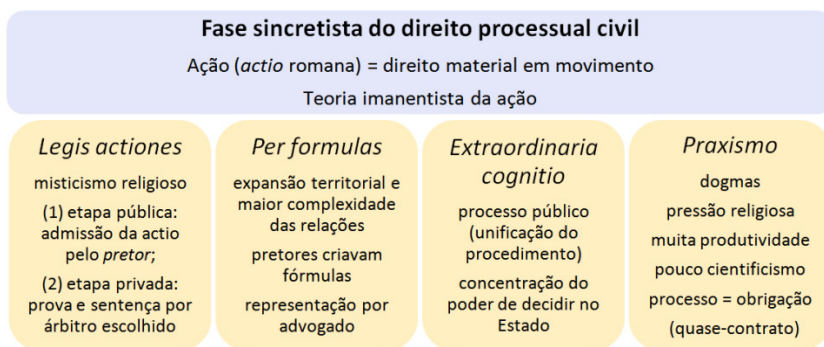
³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18.

³¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 250.

³² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 45.

Por fim, impende ressaltar que o art. 75 do Código Civil Brasileiro de 1916 refletia expressamente a confusão existente entre o direito processual e o direito material, ao dispor que *a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*. Outra aproximação pode ser constatada na adoção de procedimentos especiais, mais adequados à especificidade dos direitos a que o processo visa instrumentalizar, v.g., as ações possessórias.

Figura 1 – Fase sincretista do direito processual civil.



2.2 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO PROCESSO E TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A autonomia científica do direito processual civil teve como berço a célebre discussão entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther³³, resultando na nítida distinção entre o direito do lesado e a correspondente ação. Em apertada síntese, Windscheid procurou demonstrar em sua obra *Die actio des römischen Zivilrechts von Standpunkt des heutigen Rechts*³⁴, publicada em 1856, que a *actio romana* e o conceito de ação não se confundiam, enfatizando que o sistema processual romano era composto por *actiones* e que o termo ação empregado pelos romanos equivaleria ao atual conceito de pretensão (*anspruch*), ou seja, *a faculdade de impor a própria vontade na via judiciária*³⁵.

³³ Cf. WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. **Polemica sobre "la actio"**. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

³⁴ *A actio do direito romano sob o enfoque do direito atual* [tradução nossa].

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18.

Muther, no ano seguinte, em sua obra *Sobre a doutrina da "actio" romana, do hodierno direito de ação, da "litiscontestatio"*³⁶, respondeu defendendo a reaproximação dos conceitos da *actio* romana e da ação e que o sujeito passivo desta era o magistrado. Contudo, destacou que Roma priorizava o direito sobre a ação e, desta forma, admitiu que direito e ação tratavam-se de conceitos diferentes.

Ao final, ambos concordaram acerca da existência do direito autônomo de ação, abrindo as portas para a construção de uma teoria calcada na autonomia científica do direito processual civil, a partir do reconhecimento dos planos distintos do direito material e do direito processual.

Embora outros tenham sustentado a existência de uma relação jurídica do direito processual distinta da relação jurídica material³⁷, foi Oskar Von Bülow³⁸ quem desenvolveu e racionalizou uma teoria a sustentar a autonomia do processo, inaugurando a fase do denominado *processualismo científico*:

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação

³⁶ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 60-61.

³⁷ Consoante José Eduardo Carneira Alvim (in **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164) e Cândido Rangel Dinamarco (in **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18), o primeiro a defender a existência de uma relação jurídica processual foi *Búlgaro* utilizando a expressão *judicium est actus trium personarum, judicium, actores, rei*, ou seja, o processo é um ato composto por três pessoas, juiz, autor e réu [tradução nossa]. Ainda, Dinamarco destaca que nas *Ordenações do Reino* havia a previsão de que *três pessoas são por Direito necessárias em qualquer juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda*. Por fim, o próprio Oskar Von Bulow (in **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 5) admite que antes dele a existência de uma relação jurídica processual, embora sem nenhuma fundamentação ou exame mais preciso, não havia escapado ao olhar de Bethmann-Hollweg.

³⁸ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 15-16.

concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.

Porém, nossa ciência processual deu demasiada transcendência a este caráter evolutivo. Não se conformou em ver nele somente uma qualidade importante do processo, mas desatendeu precisamente outra não menos transcendente ao processo como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes; destacou sempre unicamente aquele aspecto da noção de processo que salta aos olhos da maioria: sua marcha ou adiantamento gradual, o procedimento, unilateralidade que tem sua origem na jurisprudência romana da Idade Média e que foi favorecida pela concepção germânica do direito. Fez-se, lamentavelmente, da palavra "processo" um monumento imperecível e um ponto de apoio muito difícil de se abater. Quem pretende extrair da idéia [sic] da palavra, será levado, desde o princípio, pela expressão "processo" a um caminho, se não falso, bastante estreito. Muito embora os juristas romanos não haviam ficado com a idéia [sic] superficial do processo como pura série de atos do juiz e das partes, mas haviam concebido a natureza de aquele como uma relação jurídica unitária (*judicium*).

Poder-se-ia, segundo o velho uso, predominar procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção.³⁹

Bülow⁴⁰, em apertada síntese, parte do estudo da teoria das exceções (no sentido de defesa, de uma resposta à *actio*) oriunda do direito romano – e adotada pela então Confederação Alemã –,

³⁹ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 6-8.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 8-19.

demonstrando que algumas implicavam no julgamento do mérito e outras simplesmente postergavam o trâmite do procedimento. Assim, identificou que todo processo dependeria da presença obrigatória de certos requisitos – denominados *pressupostos processuais* – para que pudesse existir e/ou ser válido, independentes do mérito posto à baila.

Neste tocante, Bülow verificou que o processo, para o seu desenvolvimento sadio, dependeria, basicamente de um juiz devidamente investido e que não fosse impedido ou suspeito (*exceptio fori incompetentis, praevetionis, judicis inhabilis vel suspecti*), de a parte possuir personalidade para estar em juízo (*exceptio deficientis personae standi in iudicio*), de a parte estar legitimamente representada, mormente ao se tratar de tutor ou síndico (*exceptio procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum*), de o processo estar ritualmente formado (*exceptio non rite formati processus*), de uma petição clara e apta (*exceptio libelli obscuri vel inepti*), de um prazo razoável para agir e responder (*exceptio termini nimis angusti*), de um foro seguro de discussão (*exceptio loci non tuti*), dentre outros pressupostos.

Outra forte contribuição ao desenvolvimento científico do processo foi proporcionado por Adolf Wach⁴¹, quando em 1888 publicou monografia intitulada *Ação declaratória*. Nesta, por meio do estudo da *ação declaratória negativa* – aquela que não tem por objetivo conservar ou proteger um direito substantivo –, Wach demonstrou a possibilidade da existência de interesse e pretensão processual sem que houvesse ameaça ou direito violado a ser tutelado. Trata-se da *teoria da ação como um direito autônomo e concreto*.

Embora não se pretenda maior aprofundamento sobre o estudo do direito de ação, vale ressaltar que Enrico Tulio Liebman⁴², ao tentar harmonizar as teorias da ação propostas por Piero Calamandrei (ação como direito concreto, material e privado) e Francesco Carnelutti (ação como direito abstrato, processual e público), criou a *teoria eclética da ação*, localizando a análise das *condições da ação* entre os pressupostos processuais e o mérito. A ideia é simples: o exame do direito só se torna possível se preenchidas determinadas condições. Assim, as condições da ação seriam requisitos necessários à análise do mérito.

Esta foi a concepção adotada por Alfredo Buzaid, ex-aluno de Liebman na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (Universidade de São Paulo), quando da elaboração do Código de Processo Civil de

⁴¹ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 60-61

⁴² LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 330-331.

1973. O art. 267, VI, deste, aduz que se extingue o processo sem resolução de mérito *quando não concorrer quaisquer condições da ação, entendidas como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse processual*, fazendo um paralelo com os elementos identificadores da ação (pedido, partes e causa de pedir).

No plano do direito comparado, outras soluções foram adotadas. No direito processual civil alemão, por exemplo, as condições da ação não são analisadas separadamente do mérito, sequer constando do Código de Processo Civil alemão (ZPO). Já no direito processual italiano, ao contrário, as condições da ação estão inseridas como espécie de pressupostos processuais e consistindo em apenas duas: legitimidade de partes e interesse processual.⁴³

Impede ressaltar que o projeto de novo Código de Processo Civil⁴⁴ brasileiro arrola tão-somente a ausência de *legitimidade* ou de *interesse processual* como uma das causas a levar à sentença sem resolução de mérito (art. 472, VI), porquanto a denominada a impossibilidade jurídica do pedido implicaria na improcedência de mérito.

Neste sentido, trecho da Exposição de Motivos do referido projeto assim sustenta:

[...] Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e,

⁴³ LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 335-336.

⁴⁴ O Ato da Presidência do Senado 379, de 30 de setembro de 2009, em estreita colaboração e participação dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, designou uma Comissão de Juristas do mais alto gabarito, presidida por Luiz Fux, relatada por Teresa Arruda Alvim Wambier e composta pelos membros Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, com a especial finalidade de elaborar o projeto de um novo Código de Processo Civil. A primeira reunião desta douta Comissão ocorreu em 30.11.2009⁴⁴, quando foi aprovada, por maioria, a divisão do anteprojeto do Código de Processo Civil em 6 (seis) Livros: Parte Geral, Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Procedimentos Especiais, Recursos e Disposições Finais e Transitórias. Após, diversas audiências públicas foram realizadas em todo o Brasil e colhidas as opiniões, críticas e sugestões de muitos juristas, operadores do Direito e da sociedade civil organizada. Finalmente, em 08.06.2010, foi protocolizado junto ao Senado Federal o Projeto de Lei do Senado 166/2010. Durante a tramitação do projeto no Senado Federal, seu texto foi objeto de 220 propostas de emendas, resultando no relatório final votado e aprovado em Plenário no dia 16.12.2010. O aludido projeto foi discutido, votado e aprovado perante a Câmara dos Deputados, retornando ao Senado Federal na forma do PL 8.046/2010 a fim de que sejam apreciadas as alterações firmadas por aquela casa legislativa, onde se encontra atualmente (dezembro/2012).

atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.

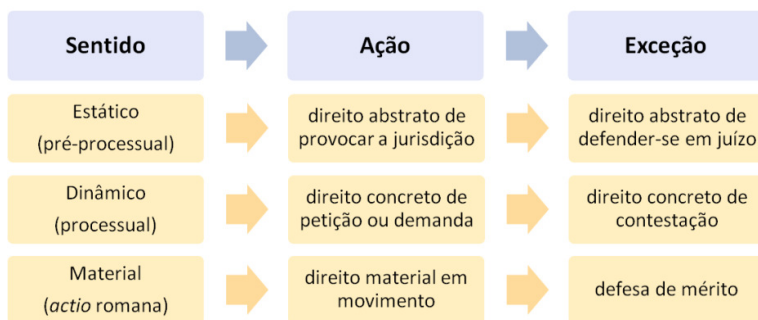
Por fim, no tocante ao direito de ação, Fredie Didier Jr.⁴⁵ adverte que é possível estabelecer uma *correlação em contraposição entre os conceitos de ação e de exceção*, de acordo com o sentido que lhes é conferido:

a) *sentido pré-processual* (ou *estático*): ação como um direito abstrato de provocar a atividade jurisdicional e a exceção como um direito abstrato de se defender em juízo;

b) *sentido processual* (ou *dinâmico*): ação como o exercício do direito de provocar o Estado-juiz (direito concreto de petição) e a exceção como o exercício do direito de defesa em processo judicial (direito concreto de contestar o pedido);

c) *sentido material*: era o sentido adotado na fase sincretista do processo civil (*actio romana*) e, portanto, ultrapassado, consistindo a ação como o próprio direito material em movimento e exceção como situação jurídica prevista na legislação material apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão, também denominada exceção substancial (v.g., a prescrição).

Figura 2 – Relação entre ação e exceção em seus diversos sentidos.



Logo, a fase autonomista procurou dar contornos de independência científica para o direito processual civil. Para tal

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 501.

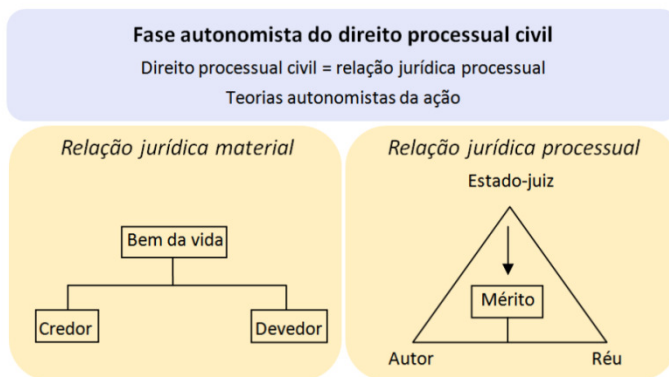
desiderato partiu-se do clássico modelo do direito obrigacional (teoria da relação jurídica), cuja ligação se estabelece entre credor e devedor, em torno de um objeto (bem da vida).

Ocorre que a relação jurídica processual, mormente após publicização do processo civil, tornou indispensável em si, também, a figura do Estado-juiz. Assim, o autor corresponderia ao credor, o réu ao devedor, e o mérito da causa ao objeto (bem da vida), somado à participação de um juiz independente, equidistante e acima dos interesses das partes, com *poder* de dizer o direito ao caso em concreto (jurisdição). Trata-se do clássico brocardo *judicium est actum trium personarum: judicis, actores et rei*.

Francesco Carnelutti, em sua obra *Sistema de Direito Processual Civil*, já pontuava que *a força serve para obter a solução pacífica do conflito, ao colocar-se a serviço do interesse em sua composição*⁴⁶. Enfatiza que na medida em que a civilização progride, há menos necessidade do direito para atuar na solução pacífica dos conflitos, porquanto cresce a moralidade e a sensibilidade dos homens perante o sentimento de *justiça social*.⁴⁷

Assim, o referido processualista identifica que a *pretensão* corresponde à necessidade de subordinação de interesse alheio ao interesse próprio e formula o conceito de *lide*⁴⁸ como sendo *o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*.

Figura 3 – Fase autonomista do direito processual civil.



⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil. V. 1.** São Paulo: Classic Book, 2000, p. 77.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 63-65.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 77 e 93.

2.3 INSTRUMENTALIDADE E ESCOPOS DO PROCESSO

Após a afirmação do processo como relação jurídica processual e o desenvolvimento do direito processual civil enquanto ciência autônoma do direito, Cândido Rangel Dinamarco propõe que o instituto da ação saia do centro das discussões da seara processual, dando maior lugar à ideia de jurisdição: a disciplina do poder e do seu exercício é o fator de unidade que reúne em uma teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas⁴⁹.

[...] o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição).⁵⁰

Assim, aponta o referido autor que a preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário da ação, preconiza a visão publicista do direito processual, como instrumento do Estado, utilizado para o cumprimento dos fins deste.

A este respeito, também, manifesta-se Hermes Zaneti Júnior:

A *teoria dualista da ação* pretende ver uma necessária etapa prévia – *ação de direito material* – como essência das sentenças de procedência (plano material) escorada e amparada judicialmente em um direito processual de "ação" (assim com aspas para diferenciar da ação de direito material) abstrato e autônomo posto frente ao Estado em razão da auto-tutela [sic] vedada ao particular, portanto, duas ações: dualista, uma ação de direito material, outra, "ação" de direito processual.

A *corrente instrumentalista da ação*, por sua vez, embora dissidente em vários pontos e aproximando-se, dependendo do autor, de uma corrente mais ao plano unitário do Direito ao plano dualista, tem autoridade suficiente e congruência adequada para justificar a ultrapassagem do problema aparente surgido: *faz assento na vinculação do direito processual ao*

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91-93.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 95-96.

direito material afirmando "in status assertionis". Trata-se de reconhecer os planos do Direito e permitir que o direito material afirmado seja o objeto do processo; frisa-se, não se traduz em um ponto anterior reconhecido como ação de direito material pré-existente somado à pretensão processual, apenas regula o instrumento para determinar-lhe a potencialidade de, em abstrato, servir ao direito afirmado na inicial. Resta, destarte, aberto o espaço para uma (des)ontologização do conceito de ação, "desvalorizar a importância conceitual da 'ação', passando a tônica para as tutelas jurisdicionais processuais: condenar, declarar, constituir, mandar ou executar.⁵¹

A instrumentalidade do processo compreende o processo como um meio, legitimado a partir dos fins a que se destina (raciocínio teleológico). Melhor dizendo: o processo não pode ser observado como um fim em si mesmo; ao contrário, serve de instrumento para a execução das finalidades eleitas e perseguidas pelo Estado.

Neste contexto, a jurisdição – o poder de dizer o direito – deve ser exercida por meio do processo mediante a persecução de três escopos: o escopo social, o escopo político e o escopo jurídico.

O *escopo social da jurisdição* relaciona-se com a busca da pacificação social, eliminando conflitos mediante critérios socialmente considerados justos. A jurisdição deve conscientizar e educar os membros da sociedade acerca dos seus direitos e obrigações. Nos dizeres de Dinamarco:

[...] à medida que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um de seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos direitos alheios.⁵²

O *escopo político da jurisdição* desdobra-se em três aspectos: primeiro, afirmar a jurisdição como o poder dos juízes em decidir imperativamente e definitivamente; segundo, valorizar a liberdade dos cidadãos, limitando os poderes do Estado em face das liberdades

⁵¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 291-292.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91-93, p. 191-192.

públicas; terceiro, assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política (v.g., por meio da ação popular)⁵³.

O *escopo jurídico da jurisdição* está ligada ao papel da jurisdição em aplicar a vontade concreta do direito, como um fim ideal. O juiz não tem a irrestrita liberdade de julgar conforme as suas convicções pessoais; ao contrário, tem como limite de atuação as leis e a Constituição. Dinamarco adverte que o escopo jurídico é insuficiente e estéril quando individualmente considerado, clamando por complementações no plano político e social:

[...] A perspectiva estritamente jurídica do sistema processual constitui reflexo do segundo momento histórico da sua ciência, consistente na afirmação da autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema. O terceiro momento, visivelmente instrumentalista, é assim por força da percepção das responsabilidades que perante a nação e sua estrutura política o processo é chamado a assumir. Isso não significa execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico. É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos [...].⁵⁴

Uma vez compreendidos os diversos escopos da jurisdição, parte-se ao estudo do conteúdo da instrumentalidade do processo, desdobrando-se em seus sentidos negativo e positivo.

O *sentido negativo da instrumentalidade* consiste na negação do processo como um valor em si mesmo considerado, a fim de evitar exageros ao formalismo no modo de empregar as técnicas processuais. Aliás, a ideia do processo enquanto relação jurídica processual (fase autonomista) conduz a esta falácia, na medida em que aparenta criar sujeitos de direitos e obrigações processuais, como se o direito processual pudesse se tornar igual ou mais importante que o direito material.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198-207.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 208-209.

Na verdade, na intrínseca relação existente entre direito e processo, não existe relação de contingência, tampouco ordem de importância. É necessário verificar que o processo exerce um papel tão importante quanto o direito material no mundo do direito. Contudo, é inegável que o processo nasceu com a missão precípua de permitir a aplicação do direito material, razão por que não pode ser visto como um fim em si mesmo, embora possua autonomia científica.

Fredie Didier Jr. traz ao lume interessante analogia no que tange a relação estabelecida entre o direito e o processo sob a perspectiva da instrumentalidade:

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha; projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível deste sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.⁵⁵

Como enfatiza Cândido Rangel Dinamarco, o sentido negativo da instrumentalidade pressupõe, portanto, nos dizeres do ilustre professor, *atitude de verdadeira humildade do processualista*:

Felizmente a doutrina jamais chegou aos exageros temidos. O que se lhe critica é a postura eminentemente técnica que guardou durante muitas décadas, o que por omissão negou então ao processo essa visão exterior que hoje se postula. Mas, com o superamento [sic] dessa postura técnica, característica da fase autonomista da história do direito processual, ela soube abrir o sistema, em primeiro lugar, aos influxos constitucionalistas e à teoria geral; e, com isso, vieram as preocupações de ordem social, a que se somam as de caráter eminentemente político. Tudo isso somado constitui enérgica afirmação instrumentalista que, vista sob o aspecto considerado, apresenta-se pelo lado negativo. Todos esses movimentos, que também tiveram o seu lado positivo no sentido de operacionalizar

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 26-27.

melhor o sistema, serviram para o combate a pensamentos ligados inconscientemente à sua suposta auto-suficiência [sic].

Não se trata de se *desprocessualizar* a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmistificar as regras, critérios, princípios e o próprio sistema.⁵⁶

O *sentido positivo da instrumentalidade*, por sua vez, estaria ligado à preocupação de extrair do processo, como instrumento, o máximo proveito quanto à obtenção dos escopos jurisdicionais (social, político e jurídico). Confunde-se, portanto, com a *efetividade do processo*, resumindo-a Dinamarco na ideia de que *o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*.⁵⁷

Ainda, o referido autor aduz que a efetividade do processo é composta por quatro aspectos fundamentais⁵⁸, a saber:

a) a *admissão em juízo*: corresponde à possibilidade de acesso universal à tutela jurisdicional, superando as causas impeditivas, de natureza econômica, cultural, psicossocial e jurídica. Exemplos de políticas relacionadas seria o patrocínio técnico gratuito, a implantação dos Juizados Especiais, a isenção do preparo aos mais pobres, dispor o sistema de instrumentos de tutelas coletivas⁵⁹ e difusas e estimular a arbitragem e autocomposição;

b) o *modo-de-ser do processo*: está ligado ao modo de operacionalização do sistema processual. Envolve o contraditório – compreendido como o direito da parte em manter o diálogo com o juiz e a possibilidade de participar intensamente do processo –, o repúdio à litigância de má-fé, a imparcialidade, a tentativa de conciliação, a informalidade, a possibilidade de o magistrado converter o julgamento em diligência em busca da verdade real, a intervenção do Ministério Público quando necessário, a adaptabilidade do procedimento, a

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 317.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 319.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 323-359.

⁵⁹ Interessante analogia Dinamarco faz ao tratar da legitimação individual como um tratamento *atômico*, enquanto a dimensão supraindividual estaria ligada à *molecularização* do direito e do processo (*in* DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 329).

especialização de procedimentos e a possibilidade de concessão de liminares:

O discurso envolvendo o modo-de-ser do processo, em relação ao propósito de operacionalidade do sistema, acabaria por estender-se a toda a teoria do processo como instituto jurídico, não fora a conscientizada intenção de buscar somente as grandes colunas e tendências fundamentais.⁶⁰

c) a *justiça nas decisões*: conquanto não seja equiparado ao legislador, o instante da tomada de decisão pelo magistrado é um momento valorativo e, assim, é imprescindível que haja a adequada valoração dos fatos trazidos à baila para julgamento de acordo com o sentimento de justiça emanados pela sociedade em que faz parte. Havendo mais de uma forma de interpretar determinada situação, o juiz tem o dever de optar pelo caminho que represente e satisfaça ao sentimento social de justiça.

d) a *efetividade das decisões*: o processo deve possuir a capacidade real de produzir as situações de justiça desejadas pelos escopos social, político e jurídico, permitindo a *tutela específica* dos direitos e a sua concreção no mundo dos fatos. A título exemplificativo, cite-se o cumprimento das obrigações de dar, fazer e não fazer, por meio da aplicação de *astreintes*, a concessão de medidas cautelares, a possibilidade de execução provisória e o sequestro de bens.

Impende ressaltar que para Hermes Zaneti Júnior se estabelece uma *relação circular* entre o processo e o direito material:

[...] Pode-se dizer, neste sentido, que entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.

Nesta senda o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, um "direito material novo". Tal a expressão da aqui proposta teoria circular dos planos, que alberga a racionalidade material e processual do direito. Trata-se, portanto, de enfrentar a relação entre os

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 335.

planos do Direito, interdependentes e complementares.⁶¹

O referido autor ainda conclui ao defender a *teoria circular dos planos*:

[...] Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes *imbricá-los pelo "nexo de finalidade"*, que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora.

Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a *teoria circular dos planos*.⁶²

Assim, a visão instrumental não busca a liberdade sem limites ao julgador, sob o pretexto de que o processo seja um mal necessário. Não, longe disso: o que distingue a visão instrumental e a torna uma das etapas do conceito evolutivo de processo é a possibilidade de transformar o processo em um instrumento de perseguição dos escopos da jurisdição e, desse modo, reduzir o aparente abismo entre o processo e a visão teleológica causados pelo excessivo formalismo e a técnica pela técnica.

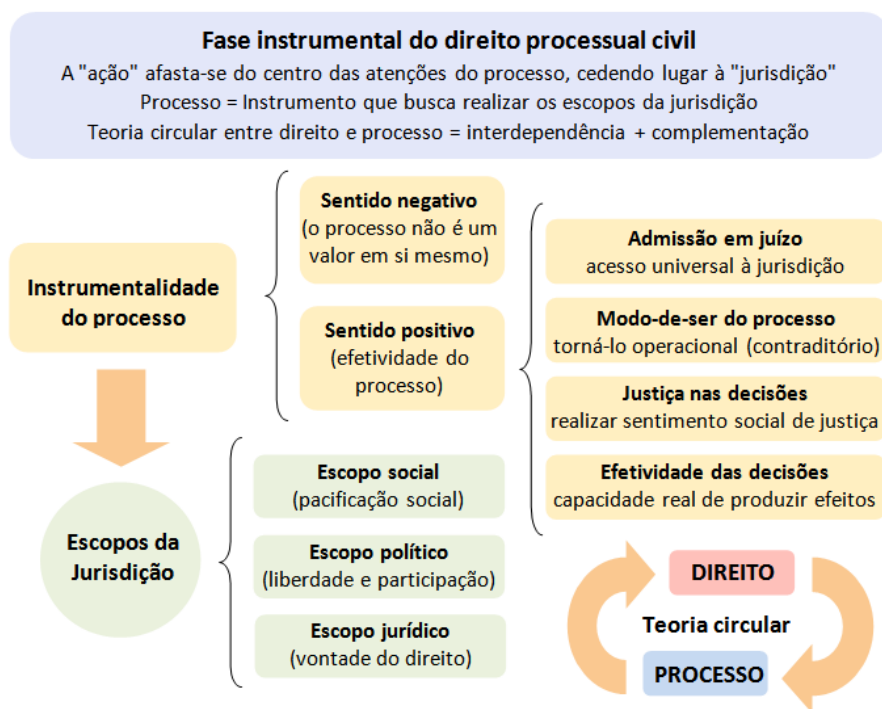
Vale lembrar que a evolução do direito processual civil não pode ser estudada sob uma visão estanque, como se não fizesse parte de um todo em constante evolução. Como se verá, os horrores produzidos pela segunda guerra mundial produziram um repensar de mundo, agora focado na salvaguarda dos direitos humanos, influenciando o constitucionalismo e reestruturando a grande maioria dos sistemas jurídicos em torno dos direitos fundamentais. Paralelamente, surge e interfere diretamente nos destinos do direito processual civil um processo histórico e gradual de *constitucionalização do direito*.

Por isso, no capítulo a seguir, busca-se estudar as importantes transformações trazidas pelo *neoconstitucionalismo*, dentre elas a prevalência dos princípios em detrimento das regras, a descrição das técnicas de hermenêutica constitucional e a projeção da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais por todo o sistema jurídico, instituindo no direito processual civil uma nova fase intitulada *neoprocessualismo*.

⁶¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 283-284.

⁶² *Ibidem*, p. 318.

Figura 4 – Fase instrumental do direito processual civil.



3 NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

3.1 A LUTA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo traduz-se em um movimento social, político, filosófico e jurídico que questiona os esquemas tradicionais de domínio político do Estado, defendendo o *ideal de liberdade humana* e a *limitação do poder absoluto*.

O constitucionalismo não se limita à mera elaboração de constituições escritas. Aliás, muitas constituições escritas não serviram sequer aos ideais de liberdade ou de limitação do poder.

Não pregava o constitucionalismo, advirta-se, a elaboração de Constituições, até porque, onde havia uma sociedade politicamente organizada já existia uma Constituição fixando-lhe os fundamentos de sua organização. Isto porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, havendo Estado, sempre houve e sempre haverá um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade. O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por idéias [sic] libertárias que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.

É claro que, para o sucesso do constitucionalismo, agigantou-se a necessidade de que aquelas idéias [sic] libertárias fossem absorvidas pelas Constituições, que passaram a se distanciar da feição de cartas políticas a serviço do detentor absoluto do poder, para se transformarem em verdadeiras manifestações jurídicas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime constitucional de liberdades públicas.⁶³

A história do constitucionalismo confunde-se, portanto, com a história da luta pelos direitos fundamentais e a construção do estado democrático de direito.

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 29.

O *constitucionalismo antigo* despontou-se pela antiguidade clássica e, de acordo com Karl Loewenstein⁶⁴, mais especificamente entre os hebreus, os gregos e os romanos. O povo hebreu adotou um regime teocrático (governo divino), em que o detentor do poder estava limitado pela *lei do senhor*. As cidades-estados gregas (V a VIII a.C.) implementaram um regime político-constitucional de democracia direta (escolha dos governantes pela vontade da maioria) que se pautava pela igualdade entre governantes e governados. A república romana (V a II a.C.) instituiu um sistema de pesos e contrapesos para dividir e limitar o poder político: o governo era dividido entre o Senado e o Imperador.

Este período foi marcado, em geral, pela ausência de constituições escritas e por limitar somente alguns órgãos do poder estatal e reconhecer certos direitos fundamentais. O príncipe ou imperador e o parlamento não estavam limitados às disposições constitucionais.

Fato marcante e de transição para o *constitucionalismo moderno* ocorreu na idade média, com a Magna Carta Inglesa de 1215 (*Magna Charta Libertarum*), após acordo firmado entre o rei João sem Terra e os seus súditos revoltados. Trouxe consigo a ideia de *constituição escrita e rígida*, a fim de ser invocada em face do governante, contendo como traços marcantes a *organização do Estado* e a *limitação de todos os órgãos do poder estatal*, por meio da *declaração de direitos e garantias fundamentais*.

Mas somente a partir do século XVII passaram a ser elaborados importantes documentos constitucionais, como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689). A primeira Constituição, sistematizada e assim rotulada, foi a do Estado da Virgínia (1776), seguida da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e da Constituição Francesa (1791)⁶⁵.

No plano político, o constitucionalismo moderno confunde-se com o *liberalismo*. O liberalismo, movimento político financiado pela classe burguesa em franca ascensão, defende o ideal da não intervenção do Estado (*laissez-faire*), tolerando-o como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a divisão de funções do Estado e, com

⁶⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970, p. 154.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 32-33.

isso, a separação de poderes que o *Barão de Montesquieu* teorizou em sua obra *Espírito das Leis*⁶⁶.

Montesquieu entende que o homem, por sua natureza, quando detém o poder absoluto tende a dele abusar, razão por que deve ser o poder dividido, de acordo com as funções exercidas pelo Estado (modernamente entendidas como legislativa, executiva e judicial), para que o poder controle o poder (*check and balances*, ou seja, sistemas de freios e contrapesos).

A constituição passa a ser entendida como *norma suprema* (hierarquicamente superior) e *fundamental* (todas as demais normas emitidas pelo parlamento retiram dela o seu fundamento de validade). Como consequência, a constituição estrutura um sistema de responsabilização do poder, criando mecanismos para afastar o mau governante e controlar a constitucionalidade das normas aprovadas pelo parlamento.

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da denominada *constituição moderna*, entendida como *a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político*.⁶⁷

O ideal do *neoconstitucionalismo* ou *constitucionalismo pós-moderno* surge durante o século XX, por força do choque travado entre o capital e o trabalho após a revolução industrial e a experimentação pela humanidade dos horrores causados pela segunda guerra mundial. As constituições inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores*, passando a contemplar o *princípio da dignidade humana* e outras opções políticas fundamentais, traduzindo-se na corporificação de um Estado de *bem-estar social*.

A inserção de *valores* ao texto constitucional revelou a *centralidade dos direitos fundamentais*, a *reaproximação entre direito e ética*, e uma *nova dogmática de interpretação constitucional*, resultando em um profundo processo de *constitucionalização do Direito*. Com isso, toda a ordem jurídica passa a ficar impregnada de valores constitucionais:

O neoconstitucionalismo, portanto, - a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2)

⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 47.

da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas – deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da constitucionalização do Direito a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.⁶⁸

Os valores constitucionais, assim, por meio do processo de *constitucionalização do direito*, passam a transformar todos os ramos da ciência do direito, impregnando-os de valores fundamentais, condicionando a legislação infraconstitucional e as ações dos agentes políticos e dos operadores do direito.

A idéia [sic] de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive notadamente nas suas relações com os particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 36.

discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.⁶⁹

Logo, não se fala meramente da existência do Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual e etc., mas sim do *Direito Penal Constitucional*, *Direito Civil Constitucional*, *Direito Processual Constitucional* e assim por diante, ou seja, todos os ramos do Direito devem ser interpretados à luz dos valores que emergem da constituição.⁷⁰

Luís Roberto Barroso⁷¹ identifica o neoconstitucionalismo como um conjunto amplo de transformações ocorrido no estado e no direito

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 13 de janeiro de 2012. p. 12-13.

⁷⁰ Imbuído deste movimento axiológico, o doutrinador italiano Riccardo Guastini elaborou um rol contendo sete condições para que um ordenamento jurídico possa ser constitucionalizado, ou seja, impregnado pelas normas constitucionais. Contudo, adverte que as condições 1 e 2 (*constituição rígida e garantia jurisdicional da constituição*) são indispensáveis, ao passo que a presença das condições 3 a 7 (*força vinculante da constituição, superinterpretação da constituição, aplicação direta das normas constitucionais, interpretação conforme das leis e influência da constituição sobre as relações políticas*) indicam maior ou menor grau de constitucionalização de um ordenamento (in GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: UNAM, 2001, p. 154-164).

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 11-12.

constitucional, analisando-o de diferentes perspectivas: a) como um *marco histórico*, consolidou a formação do estado constitucional de direito; b) como *marco filosófico*, coincide com o pós-positivismo ao adotar a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre ética e direito; e, por fim, c) como *marco teórico*, simboliza o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Em especial, muito interessante resgatar a relação que o referido autor estabelece entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias [sic] ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos

princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.⁷²

Figura 5 – Evolução do neoconstitucionalismo.



3.2 PRINCÍPIOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Neste ambiente nutrido por um forte conteúdo axiológico ganham força os princípios relacionados à *hermenêutica constitucional*⁷³, como importantes instrumentos de ponderação e realização da visão neoconstitucionalista:

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 13 de janeiro de 2012., p. 4-5.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103-115.

a) *Princípio da unidade da constituição*: as normas constitucionais não devem interpretadas isoladamente, mas sim como preceitos integrados a um sistema que compõe um todo. Só a partir da unidade do sistema é que se interpretam as normas, estabelecendo uma relação de interdependência entre si.

Ademais, decorre do princípio da unidade a mesma hierarquia normativa entre as normas constitucionais, não existindo escalonamento interno da constituição, implicando em coexistência de normas que, à luz de um caso em concreto, possa aparentar certa antagonia. Logo, não existem normas constitucionais inconstitucionais.

Como assegura Canotilho:

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, em hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se verá em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das antinómias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação.

Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem”, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin).⁷⁴

b) *Princípio da concordância prática ou harmonização*: consiste no mandamento destinado ao aplicador da norma constitucional para que procure otimizar e harmonizar a relação de todos os valores constitucionalmente protegidos acaso se depare com aparentes conflitos,

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 191-192.

de modo a não acarretar negação a nenhum. Assim, a depender das peculiaridades impostas por uma situação em concreto, cabe ao hermenêuta a tarefa conciliadora de manter a concordância entre todos os axiomas que emergem da constituição.

Ocorre que a referida concordância ou harmonização possui natureza meramente principiológica, porquanto no mundo dos fatos, com exceção às hipóteses de transação, sempre haverá uma parte vencedora e outra vencida. Ninguém gosta de perder. Logo, a preservação da harmonia está relacionada com a preservação da unidade da constituição, a fim de que restem intactos dentro da ordem jurídica os valores constitucionais que mereçam ser relativizados à luz do caso concreto.

Num conflito, por exemplo, entre a liberdade de informação e a inviolabilidade da vida privada – uma e outra igualmente garantidas pela Constituição – se algum indivíduo, a pretexto de resguardar sua intimidade, com ou sem razão, conseguir embargar a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de trazê-la a público terá preterido por inteiro o seu direito de informar, ao mesmo tempo em que, também por inteiro, a outra parte verá prevalecer a sua pretensão.

Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa hipotética demanda, restará intacto – até porque não foi abolido da Constituição – o direito de informar e/ou obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao direito daquele veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de publicar a matéria objeto de interdição judicial. Na prática do texto, portanto, uma parte ganhou tudo e a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou debilita a idéia [sic] de uma efetiva harmonização dos interesses em conflito quando as disputas se travam à luz de casos concretos.

Mesmo assim, impõe-se reconhecer que o princípio da concordância prática é um vetor hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes constitucionais, inclusive em nosso STF, como atestam os repertórios de jurisprudência e as obras dos especialistas.⁷⁵

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

c) *Princípio da correção funcional*: tem por finalidade orientar os intérpretes no sentido não perturbarem a ordem organizacional dentro de um sistema coerente de repartição de competências.

Logo, principalmente em momentos de crise, é indispensável que as relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam pautadas pela harmonia institucional e respeito mútuo, com observância do princípio da separação de poderes, consoante a estrutura enunciada pela Constituição.

d) *Princípio da eficácia integradora*: a interpretação da Constituição deve privilegiar a adoção de critérios que favoreçam uma maior coesão política e social, visando o reforço da unidade política. Como bem apregoa Canotilho⁷⁶, este axioma [...] *arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras*.

e) *Princípio da força normativa da constituição*: a Constituição é a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*⁷⁷), de onde as leis primárias buscam seu fundamento de validade e, por isso, dispõe de força normativa para estabelecer seus preceitos. Se por um lado o escalonamento de normas traduz maior complexidade ao ordenamento jurídico, por outro é possível visualizar de forma mais clara, no vértice de tal sistema, os valores fundamentais que o orientam, dando a ele unidade jurídico-axiológica, de observância obrigatória.

f) *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*: a maioria da doutrina constitucional trata proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade. Trata-se de importante técnica de balanceamento de valores constitucionais aparentemente em conflito que, à luz de um caso em concreto, após o exercício de ponderação, pode indicar a opção hermenêutica do valor a preponderar.

Por outro lado, existem aqueles que preferem distinguir proporcionalidade de razoabilidade, ao argumento de que a razoabilidade seria mais ampla. Neste sentido, Canotilho⁷⁸ destaca que o *princípio da proibição do excesso* (*Überrassungsverbot*), enquanto sinônimo proporcionalidade ampla, desdobra-se em outros três postulados:

i) *Princípio da conformidade ou adequação de meios* (*Geeignetheit*): a medida adotada para a satisfação do interesse

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-55.

⁷⁸ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 382-384.

público deve ser adequada, ou seja, o meio escolhido deve ser capaz de produzir os fins almejados, dispensados os meios inúteis. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim;

ii) *Princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit)*: consubstancia-se na ideia de que a medida adotada tem que trazer ao cidadão a menor desvantagem possível no tocante à limitação de direitos fundamentais. Procura-se, portanto, evitar excessos da Administração.

iii) *Princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)*: após concluir o hermeneuta de que o meio é adequado e necessário para alcançar um determinado fim, meios e fins são colocados em um juízo de ponderação – como se sopesados em uma balança – a fim de verificar se entre eles existe desproporção. Trata-se de um juízo de prós e contras, vantagens dos fins *versus* as desvantagens dos meios.

Impende ressaltar que no Brasil o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, embora não expressamente enunciado na Carta Constitucional, emana diretamente das ideias de justiça, bom senso, prudência e moderação.

Por fim, destaca-se que dois dispositivos infraconstitucionais trazem expressamente em seu bojo o princípio da proporcionalidade. Primeiro, o art. 2º, caput, e parágrafo único, VI, da Lei 9.784/99, ao determinar que a Administração Pública obedecerá, dentre outros princípios os da razoabilidade e proporcionalidade, observando os critérios de *adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*. Segundo, há expressa menção da proporcionalidade no art. 156, I, do Código de Processo Penal, no tocante ao poder do juiz em determinar a realização de provas de ofício: [...] *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*.

3.3 HISTORICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direitos fundamentais, em nossa concepção, são todos os direitos e garantias reconhecidos a um povo, em razão de sua essência e em face do Estado, por meio de uma carta constitucional. Neste sentido, como fruto das conquistas históricas do constitucionalismo, diz-se que a

expansão dos direitos fundamentais pode servir para medir o nível e o grau de evolução da democracia de uma sociedade⁷⁹.

Mas cuidado: *direitos fundamentais* e *direitos humanos* não são expressões sinônimas. Como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁰, embora não existam dúvidas da sua íntima correlação, os direitos fundamentais esboçam a face positivada e constitucionalizada dos direitos humanos dentro de um ordenamento jurídico, ao passo que os direitos humanos relacionam-se a um plano supranacional positivado por meio dos tratados internacionais.

É perfeitamente possível, portanto, que existam direitos fundamentais mais amplos que os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e vice-versa. Um exemplo recente e muito importante para este estudo foi o reconhecimento do princípio fundamental à razoável duração do processo por meio da Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. No plano internacional, esta garantia fundamental já era reconhecida no art. 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica de 1969*)⁸¹.

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam, por várias possíveis razões, a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 515.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27-35.

⁸¹ [...] *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.⁸²

Ainda, *direitos fundamentais* também não correspondem a *direitos naturais*, porquanto estes não são positivados e o conteúdo material dos direitos fundamentais, conquanto muitas vezes se identifique com o princípio da dignidade da pessoa humana, pode ir além e abarcar outros direitos e garantias dos indivíduos. Assim, a *dignidade da pessoa humana* pode ser vista como um *meta-princípio*, de onde se originaram – e ainda se originam – muitos dos direitos fundamentais, mas não todos. Sarlet exemplifica utilizando o art. 5º, XXI (*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*), da Constituição Federal, que, apesar de fazer parte do rol de direitos fundamentais, não exprime necessariamente a derivação direta de um mínimo de dignidade da pessoa humana.⁸³

Os direitos fundamentais podem exercer diferentes funções na ordem jurídica. De acordo com a *teoria dos quatro status de Jellinek*⁸⁴, os indivíduos podem se relacionar com o Estado por meio de quatro espécies diferentes de relações jurídicas, protegidas e garantidas pelos direitos fundamentais:

a) *status subjectionis* (ou passivo): correspondem aos deveres dos indivíduos em face do Estado, ou seja, ao conjunto de ordens e proibições que o Estado impõe aos indivíduos;

b) *status negativus* (ou *libertatis*): é uma área de imunidade gozada pelo indivíduo em face do poder Estatal; é também conhecida como liberdades públicas, uma parcela de direitos dos indivíduos em que o Estado está impedido de se imiscuir;

⁸² SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

⁸³ *Ibidem*, p. 108.

⁸⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 306.

c) *status positivus* (ou *civitatis*); correspondem a prestações positivas do Estado em prol dos indivíduos, assegurando a satisfação de determinadas necessidades;

d) *status activus* (ou político): relaciona-se com a possibilidade de participação dos indivíduos na vida política do Estado; nesta condição o indivíduo adquire o *status* de cidadão, principalmente pelo exercício do voto.

Os direitos fundamentais carregam consigo evidente carga de historicidade em sua formação, oriundos de profundos processos dialéticos entre o poder e a liberdade, ligados à valorização humana e à limitação do poder político. Assim, os direitos fundamentais são frutos de um Ser Humano em constante evolução, desde suas origens, destacando-se importantes documentos: democracia ateniense (sec. VI a.C.), *Magna Carta* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus ACT* (1679), *Bill of Rights* (1689), *Establishment Act* (1701), Declaração de Independência Norte Americana (1776) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

3.4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro desta análise histórica, os direitos fundamentais podem ser estudados a partir de uma perspectiva política, econômica e ideológica de cada sociedade ao seu tempo, em formas de ondas evolutivas, denominadas por Norberto Bobbio como as *gerações dos direitos fundamentais*⁸⁵.

Por outro lado, a expressão *gerações* pode dar a ideia de substitutividade, ou seja, a geração seguinte descartaria a anterior. Assim, para evitar maiores equívocos, melhor falar-se em *dimensões de direitos fundamentais*, cuja expressão indica claramente a possibilidade de coexistência e simultaneidade entre as diversas dimensões.

[...] Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vem sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivos de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, *passim*.

impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira na melhor doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama “fantasias das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalta-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos.⁸⁶

Os *direitos fundamentais de primeira dimensão* são direitos exercidos pelos cidadãos em face do poder do Estado, limitando a atuação deste. Representam um “não fazer” Estatal, preservando e assegurando uma zona mínima de exercício do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁸⁷. Tais direitos são produtos do pensamento liberal-burguês do século XVIII: ao estado liberal cabe tão-somente cuidar da esfera política, da administração do Estado, interferindo o mínimo possível na vida dos indivíduos que o compõe. Aqui se vale da máxima *laissez faire et laissez passer*⁸⁸. Correspondem ao *status negativus* da teoria de Jellinek⁸⁹.

Entretanto, a insurgência do estado liberal trouxe consigo novas mazelas: todo homem tende ao abuso quando reúne muito poder em suas mãos. Seria ingenuidade acreditar que o liberalismo tinha como finalidade maior o bem estar dos cidadãos em face da tirania do Estado. Ao contrário, a burguesia financiou a revolução por dinheiro (alta carga de tributos) e usou do discurso liberal para inflamar os cidadãos contra a monarquia. A revolução industrial do século XIX, ironicamente e sem quaisquer escrúpulos, usurpou a dignidade dos indivíduos em nome da tão conclamada liberdade.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 46-47.

⁸⁸ Deixe-o ir e fazer [tradução nossa].

⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 567.

Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. Não distinguiam entre suas “mãos” e as máquinas. Não era bem assim – como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras.

Pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo de força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las. Como mulheres e crianças podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens, deram-lhes trabalho, enquanto o homem ficava em casa, freqüentemente [sic] sem ocupação. A princípio, os donos de fábricas compravam o trabalho das crianças pobres, nos orfanatos; mais tarde, como os salários do pai operário e da mãe operária não eram suficientes para manter a família, também as crianças que tinham em casa foram obrigadas a trabalhar nas fábricas e minas. [...] ⁹⁰

Diante da barbárie escravocrata-liberal institucionalizada pela revolução industrial, grandes foram as revoltas dos trabalhadores – agora reunidos e organizados em sindicatos – contra os detentores do capital, e o povo, que um século antes clamava pela ausência do Estado, agora lutava violentamente pela intervenção Estatal, invocando por direitos sociais:

Que poderiam fazer os trabalhadores para melhorar sua sorte? Que teria feito o leitor? Suponhamos que tivesse ganho a vida razoavelmente fazendo meias a mão. Suponhamos que presenciasse a construção de uma fábrica, com máquinas, que dentro em pouco produzissem tantas meias, a preços tão baratos que o leitor tivesse cada vez maior dificuldade em ganhar mais ou menos em sua vida, até ficar à beira da fome. Naturalmente pensaria nos dias anteriores à máquina, e o que fora então apenas um padrão de vida decente lhe parecia luxuoso, em sua imaginação. Olharia à sua volta, e estremeceria com a pobreza que estava atravessando. Perguntaria a si mesmo a causa, como já teria feito mil vezes, chegando à mesma conclusão – a

⁹⁰ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 14. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 190.

máquina. Foi a máquina que roubou o trabalho dos homens e reduziu o preço das mercadorias. A máquina – eis o inimigo.⁹¹

O Homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender para desenvolver suas virtualidades. Diante deste contexto, surge o *Estado do bem-estar social* (*welfare state*). Agora o Estado deve, além de assegurar um mínimo de liberdades públicas, interferir nas relações sociais e econômicas, pondo freios e limites ao poder do capital.

Surgem os *direitos fundamentais de segunda dimensão*, notadamente na forma de direitos sociais⁹², consistindo em um “fazer estatal”, dentre os quais se destacam no Brasil a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Buscam, portanto, a redução das desigualdades sociais produzidas pela revolução industrial, mais outros tantos direitos de prestação estatal que se afirmaram historicamente, donde se destaca a recente inclusão da *moradia* e da *alimentação*, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 26/2000 e 64/2010.

Os *direitos fundamentais de terceira dimensão*, por sua vez, resultaram de uma visão de coletividade, solidariedade e fraternidade, experimentados pelo sentimento de união internacional do pós-segunda guerra mundial, pela massificação do consumo e pelo impacto nocivo do homem sobre o meio ambiente. Buscam a tutela não da individualidade, mas sim de grupos humanos, como a família, os idosos, os consumidores, os portadores de necessidades especiais. Sua característica fundamental não reside num fazer ou não fazer do Estado, mas sim na titularidade coletiva ou difusa dos direitos.

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direito à

⁹¹ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 14. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 190.

⁹² Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.⁹³

Na Constituição Federal Brasileira encontram-se consagrados como direitos de terceira dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz mundial, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito de comunicação, dentre outros.

Paulo Bonavides⁹⁴ defende a existência de uma *quarta dimensão de direitos fundamentais*, como resultado do combate aos efeitos malévolos da globalização advinda do neoliberalismo. Tais direitos surgem da necessidade de globalização dos direitos fundamentais a fim de universalizá-los no campo institucional. Constituem direitos de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globalização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade. Imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso onde o Homem e a sua liberdade – a liberdade concreta, entenda-se – parecem haver ficado de todo esquecidos e postergados.

Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todo os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 570-573.

distintas – a será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.⁹⁵

Conquanto a doutrina insista em elencar três, quatro ou até cinco dimensões de direitos fundamentais, é necessário destacar interessante observação feita por Bobbio⁹⁶ no sentido de que estes trazem consigo basicamente duas funções com relação aos poderes constituídos: impedem os malefícios dos poderes ou obtêm dos poderes certos benefícios; assim, da terceira geração de direitos fundamentais em diante, não importando a classificação, estarão presentes uma ou duas destas funções, típicas de direitos de primeira ou segunda dimensão.

Figura 6 – Historicidade dos direitos fundamentais.



⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 572.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

3.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERÍSTICAS

Walter Claudius Rothenburg⁹⁷ elenca 17 (dezessete) características dos direitos fundamentais, logo abaixo arroladas em apertada síntese:

a) *Fundamentalidade*: os direitos fundamentais constituem a base lógica e axiológica a sustentar todo o ordenamento jurídico, por meio de seu conteúdo (dignidade da pessoa humana) e sua posição normativa (superioridade constitucional). Neste sentido, lembra que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*⁹⁸.

b) *Universalidade e internacionalização*: os direitos fundamentais são inerentes à condição existencial do Ser Humano, mas a indicação do seu conteúdo depende da consciência desenvolvida por determinada comunidade inserida em um contexto histórico. A universalidade trata-se de um fator de massificação, zelando pelo respeito às diferenças, identidades e minorias, não importando em absoluta uniformidade. Em consequência, tende-se à internacionalização dos direitos fundamentais, reconhecendo aos cidadãos o acesso direto a instâncias internacionais e à responsabilização dos Estados em decorrência de violações.

c) *Inalienabilidade*: os direitos fundamentais são imprescritíveis porquanto podem ser exercidos a qualquer momento; ainda, são indisponíveis porque não podem ser renunciados, gratuita ou onerosamente. Assim, mesmo não os desejando, o sujeito dos direitos fundamentais não pode deles se despir, e, quando muito, podem optar em exercê-los ou não.

d) *Indivisibilidade*: os direitos fundamentais devem ser aplicados como um todo, em uma perspectiva de conjunto, constituindo-se em uma unidade incindível; por consequência, aparentes conflitos devem ser resolvidos por um juízo de ponderação de valores, de modo a harmonizarem-se e compatibilizarem-se entre si, à luz de cada situação em concreto. Ademais, a aplicação de um ou mais direitos não excluem a possibilidade da aplicação subsidiária de outros direitos fundamentais:

⁹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, outubro-dezembro de 1999, p. 55-65.

⁹⁸ Art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

há uma íntima ligação de coexistência, inter-relação e complementariedade entre todos eles.

e) *Historicidade*: como já dito alhures, os direitos fundamentais são históricos porquanto oriundos de profundos processos dialéticos entre o poder e a liberdade, ligados à valorização humana e à limitação do poder político. Portanto, são reflexos das experiências sociais, a implicar constante evolução, aperfeiçoamento e inovação.

f) *Positividade e constitucionalidade*: a revelação dos direitos fundamentais ocorre por meio de positivação constitucional, razão por que encerram os mais caros valores sociais (fundamentalidade material) e possuem regime jurídico qualificado (fundamentalidade formal), gozando de imutabilidade negativa (no caso dos direitos e garantias individuais, consoante a inteligência do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil) ou procedimento dificultado de reforma, e supremacia hierárquica em relação às normas infraconstitucionais (servem como parâmetro de constitucionalidade).

g) *Sistematicidade, inter-relação e interdependência*: os direitos fundamentais estão dispostos de modo organizado e sistematizado na Constituição, facilitando a sua compreensão. Tal sistematização revela uma mútua dependência, de modo que o conteúdo de uns vinculam-se, complementam-se ou desdobram-se de outros. A título exemplificativo, a liberdade de expressão deve respeitar a intimidade e a privacidade, bem como o direito a uma vida digna torna-se inviável sem o acesso ao trabalho, à previdência, à assistência social e à saúde.

h) *Abertura e inexauribilidade*: os direitos fundamentais não fazem parte de um rol hermético, taxativo. Ao contrário, traduzem um sistema aberto, em constante expansão. Ainda, pautam-se em uma interpretação ampliativa, buscando-se deles a leitura mais favorável possível na defesa dos indivíduos em face do Estado.

Por outro lado, Rothenburg⁹⁹ bem adverte:

Do caráter inexaurível dos direitos fundamentais, cujo número pode sempre crescer, surge a preocupação com uma “inflação” de direitos fundamentais. A rotulagem das mais diversas situações como direitos fundamentais e o fato de que a enunciação normativa de direitos fundamentais dificilmente consegue fazer-se

⁹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, outubro-dezembro de 1999, p. 59.

acompanhar de garantias eficientes acarretam uma ineficácia e, por conseguinte, um desprestígio desses direitos, tendente à sua banalização. É preciso ter sempre em conta a “reserva do possível”, vale dizer, a capacidade real de implementação de condições de sucesso dos direitos fundamentais, sob pena de se beirar a utopia.

Contudo, a realização efetiva dos direitos fundamentais será uma inesgotável tarefa a cumprir, uma constante promessa da democracia, um estímulo ao envide de esforços; por mais que se avance no asseguramento [sic] dos direitos fundamentais, haverá um novo estádio a galgar, rumo à excelência. Por isso, a parcimônia e o realismo com que se devem traduzir normativamente os direitos fundamentais não devem elidir uma dimensão prospectiva nem esmorecer a contínua luta pelo reconhecimento de novos direitos. Por mais que se aproxime, o salário mínimo poderá sempre proporcionar um ainda melhor atendimento às necessidades de “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, conforme indica platonicamente o art. 7º, IV, da Constituição Brasileira de 1988.

i) *Projeção positiva*: conquanto os direitos fundamentais tenham surgido com a finalidade precípua de frear os abusos do poder estatal, nas últimas décadas têm galgado uma importante projeção positiva, no sentido de exigir a satisfação e a realização dos valores estipulados pela Constituição. A projeção positiva, se levada ao exagero, poderia fomentar a acomodação das pessoas, confundindo-se com *paternalismo estatal*; entretanto, tal situação está ainda muito distante da realidade que nos cerca, mormente pela ausência de realização de muitos dos direitos fundamentais.

j) *Perspectiva objetiva*: os direitos fundamentais também servem para a construção de situações jurídico-objetivas, possuindo também dimensão organizacional e procedimental. Assim, a fim de viabilizar as condições necessárias para concretização dos direitos fundamentais, estabelece a criação e o funcionamento de organizações e procedimentos, servindo os direitos fundamentais como critério de interpretação e aplicação do sistema normativo.

k) *Dimensão transindividual*: os direitos fundamentais abrangem titulares individuais (concepção liberal), grupos de titulares (concepção social) ou toda a sociedade (concepção transindividual), baseada no princípio da solidariedade. Dentro desta perspectiva, existem certos direitos fundamentais que pertencem a uma plurissubjetividade de cidadãos, com consequências que ultrapassam mais de uma geração, denominados pela doutrina de *direitos difusos e coletivos*.

l) *Aplicabilidade imediata*: dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, no tocante aos direitos e garantias individuais e coletivos, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal aduz que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Consequência [sic] desta característica é a necessidade de previsão de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, do que decorre: (i) que a própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados; (ii) que também os meios assecuratórios devem ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata; (iii) que os meios assecuratórios nunca podem, a pretexto de regular o direito constitucional, restringi-lo; (iv) que, na ausência da previsão de meios específicos, pode-se utilizar os meios ordinariamente previstos (por exemplo, o procedimento judicial comum); (v) que os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais (não correlação necessária).

Evidentemente, a estrutura normativa (especialmente quando remete a uma integração) e as limitações práticas (sobretudo de recursos: reserva do possível) impõem temperos à pretensão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, devendo ser compreendida como tentativa máxima, em que se enviam esforços para extrair um conteúdo satisfatório da previsão normativa e não se toleram pretextos impeditivos da plena eficácia.¹⁰⁰

¹⁰⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, outubro-dezembro de 1999, p. 61-62.

Contudo, não é possível sustentar que todas as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais têm imediata e direta aplicabilidade, com exceção das que possuem plena eficácia jurídica. Toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia jurídica, mas nem toda norma constitucional desfruta de aplicação direta e imediata (normas constitucionais de eficácia limitada).

[...] Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade do constituinte.¹⁰¹

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais não é exclusividade do constituinte nacional. Ao contrário, este foi inspirado pela Lei Fundamental da Alemanha de 1949 (art. 1º, n. 3), Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18º, n. 1) e Constituição Espanhola de 1978 (art. 53, n. 1).

Existe excelente doutrina (José Joaquim Gomes Canotilho, José Carlos Vieira de Andrade, Eduardo García De Enterría, Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, dentre outros) a sustentar a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente de intermediação legislativa.

Outros autores (Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos) procuram uma situação intermediária, ressaltando que há casos em que não se tem como dispensar a concretização pelo legislador, mormente de alguns direitos sociais, sob pena de quebra do princípio da separação dos poderes.

Existem situações de discricionariedade que, se forem efetivadas pelo Poder Judiciário, podem invadir e subtrair atribuições típicas do Poder Executivo. Por exemplo, a pretexto de dar eficácia

¹⁰¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 603.

imediatamente ao direito fundamental à segurança pública, não cabe ao Poder Judiciário determinar a construção de uma delegacia de polícia em cada bairro de uma cidade.

Por outro lado, o fornecimento de medicamentos pelos entes federativos e a garantia de vagas a crianças em creches e escolas por determinação do Poder Judiciário, pautado em leis que determinam a prestação de tais direitos, são situações que ressaltam a relevância social do Poder Judiciário enquanto último guardião dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, longe de qualquer unanimidade quanto à imediata aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, é certo que somente em face de cada situação em concreto, à luz da razoabilidade e tendo em conta a ponderação de outros valores, como o princípio da separação de poderes, a reserva do possível e uma visão econômica das decisões judiciais, poder-se-á revelar o alcance da norma prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

m) *Concorrência prática* ou *harmonização*: somente diante de situações de fato é possível balancear conflitos positivos ou negativos entre direitos fundamentais. É imprescindível o máximo esforço para permitir a concordância prática ou harmoniosa entre os diversos valores que estejam sendo sopesados. Melhor explica-se: a preponderância de um dado valor à luz de um caso em concreto não pode importar em sacrifício total e definitivo dos valores superados. Deve-se sempre buscar o máximo de aplicação com um mínimo de prejuízo dos direitos fundamentais.

n) *Restringibilidade excepcional*: se por um lado a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, por outro a interpretação das restrições deve ser limitativa, não sendo admitida cláusula genérica de restrição, salvo expressa previsão constitucional. A atividade legislativa deve ser guiada pela razoabilidade, sob pena de incidir em excesso da prática legislativa, e, conseqüentemente, objeto de declaração de inconstitucionalidade.

o) *Eficácia horizontal* ou *privada*: a clássica relação subjetiva estabelecida na prestação dos direitos fundamentais encontra-se marcada pela posição de verticalidade entre o Estado e os cidadãos em geral. Contudo, os direitos fundamentais devem ser aplicados também nas relações privadas, estabelecidas entre os particulares em geral, mormente naquelas situações em que haja manifesta disparidade do exercício de poderes a ensejar a caracterização de hipossuficiência.

Citam-se como exemplos a impetração de *habeas corpus* diante do constrangimento ilegal em face da negativa de alta médica de

paciente internado em hospital em situação de inadimplemento. Ainda, cabível mandado de segurança visando a expedição de diploma por instituição de ensino superior em razão de falta de pagamento. Ademais, torna-se possível coibir critérios discriminatórios nas relações de trabalho, seja para admissão, promoção ou demissão. Por último de outros vários exemplos possíveis, destacam-se no âmbito da família a preservação da dignidade da mulher diante da violência marital (Lei Maria da Penha¹⁰²) e a prerrogativa do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo em recente posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁰³.

p) *Proibição do retrocesso*: os direitos fundamentais representam verdadeiras conquistas históricas da humanidade diante do abuso do poder. Logo, não podem ser abandonados, tampouco diminuídos, sob pena retrocesso da própria condição humana. Por isso, o postulado da proibição do retrocesso constitui-se em garantia de preservação humana pela busca de constante evolução no cenário jurídico-normativo.

q) *Maximização ou efetividade*: deve-se sempre buscar extrair dos direitos fundamentais o máximo de efetividade dos seus preceitos, não apenas em termos teóricos, mas principalmente em busca de sua real implementação, conforme já apontado quando estudado no item 1.4 a força vinculante da Constituição.

Figura 7 – Características dos direitos fundamentais.

| Características dos Direitos Fundamentais | | |
|---|-----------------------|---------------------|
| Fundamentalidade | Universalidade | Inalienabilidade |
| Indivisibilidade | Historicidade | Positividade |
| Sistematicidade | Inexauribilidade | Projeção Positiva |
| Perspectiva Objetiva | Transindividualidade | Imediatidade |
| Harmonização | Restrição Excepcional | Eficácia Horizontal |
| Proibição do Retrocesso | Efetividade | |

¹⁰² A Lei 11.340/06 criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

¹⁰³ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, em decisão exarada em 05.05.2011.

3.6 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Impende ressaltar a diferença apontada pela doutrina constitucional entre *direitos* e *garantias* fundamentais. Conforme elucida José Afonso da Silva¹⁰⁴:

A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os *direitos*, outras as *garantias*, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”. Não são nítidas, porém as linhas divisórias entre direitos e garantias, como observa Sampaio Dória, para quem “os direitos são garantias, e as garantias são direitos”, ainda que se procure distingui-los. Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória.

O referido autor distingue os direitos fundamentais em dois grupos¹⁰⁵:

a) *Garantias gerais*: asseguram a existência e a eficácia social dos direitos fundamentais, ligados à organização da comunidade política e a estrutura social e democrática de um Estado;

b) *Garantias constitucionais*: consistem nas instituições, determinações e procedimentos constitucionais para tutelar a observância dos direitos fundamentais. Tais garantias constitucionais, ainda, podem ser de duas espécies:

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 183.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 185-186.

i) *Garantias constitucionais gerais*: mecanismos de pesos e contrapesos dos poderes entre si;

ii) *Garantias constitucionais especiais*: são meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade dos direitos fundamentais.

Assim, as garantias constitucionais especiais não são um fim em si mesmo, mas sim instrumentos para a tutela dos direitos fundamentais. Contudo, tais garantias também são direitos, na medida em que são permissões constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos (direitos subjetivos públicos).

Para Pedro Lenza, também é salutar diferenciar garantias fundamentais dos remédios constitucionais, ao argumento de que estes são espécies daqueles. Neste sentido, pondera que *uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex: habeas corpus, habeas data etc.). Em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito*¹⁰⁶. Como exemplo, o inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal aduz que *não haverá juízo ou tribunal de exceção* (garantia); em decorrência, é presumível o direito ao juiz natural.

Vale ressaltar que a ideia instrumental das garantias fundamentais pode conduzir à falsa impressão de que somente elas fariam parte do arcabouço axiológico do processo, sendo os direitos fundamentais ligados apenas ao direito material. Não é verdade. Por exemplo, são direitos fundamentais do processo o direito abstrato de ação, a proibição da tortura, a assistência jurídica gratuita aos menos abastados, dentre outros.

O *neoconstitucionalismo* irradiou suas características, permitindo falar-se em uma nova fase do direito processual civil: o *neoprocessualismo*. No próximo capítulo, este trabalho pretende ressaltar as principais tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo, dentre elas a construção de um conceito mais amplo de processo – desatado das amarras exclusivas da jurisdição (em que pese não menos importante) – e o desvendar do conteúdo dos mais relevantes princípios do direito processual civil, justificando a necessidade de expansão da criatividade judicial e a utilização de institutos processuais que implementem em segurança e celeridade do processo.

¹⁰⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 865.

4 NEOPROCESSUALISMO E TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

4.1 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE PROCESSO

Anteriormente foi realizada uma rápida abordagem histórica acerca da evolução do conceito de processo no tempo, demonstrando que jaz, há muito, a confusão entre o processo e direito material. Na fase sincretista, devido à forte influência privatista oriunda do direito romano, o processo foi observado como um *contrato*, porquanto decorria de um *acordo de vontades* das partes de submissão da questão ao pretor.

Como salienta Eduardo J. Couture, [...] *o processo se desenvolve muito mais como uma deliberação que como um debate. As partes expõem seu direito perante o pretor, falando livremente tanto entre si, como com o magistrado*¹⁰⁷.

Aos poucos, o processo civil do direito romano foi se tornando público, mormente na fase da *extraordinaria cognitio*, eliminando a figura dos jurisconsultos (árbitros escolhidos dentre os cidadãos) e concentrando poderes nas mãos dos juízes profissionais. Logo, como explicar o processo como um contrato, se não há mais acordo de vontades, mas sim submissão à uma sentença estatal?

Para tentar explicar a natureza do processo, durante o *praxismo*, sem descurar da *necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado*¹⁰⁸, a escola francesa, na qual se destacam *Arnault de Guenyveau* e *Friedrich Carl Savigny*, afirmava ser o processo um *quase-contrato*, basicamente por exclusão, por não se enquadrar como contrato, nem delito, nem quase-delito¹⁰⁹.

Em busca de sua autonomia científica, construiu-se em torno do processo todo um arcabouço teórico baseado na afirmação de uma *relação jurídica processual* independente do direito material (fase autonomista), consistindo em um fenômeno regido pela lei. Por outro lado, o excesso de cientificidade acabou por criar um aparente abismo entre o processo e o direito material, legitimando o aparecer de um procedimento formal e engessado, construído em torno de si mesmo como razão de existir.

¹⁰⁷ COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 65.

¹⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 282.

¹⁰⁹ COUTURE, *op. cit.*, p. 68.

Vale ressaltar que outras teorias surgiram, sem o mesmo sucesso e a aceitação da teoria da relação jurídica processual.

Destaca-se a tentativa de James Goldschmidt de explicar a natureza jurídica do processo como uma *situação jurídica*, desenvolvida em torno de expectativas, possibilidades e ônus processuais. Neste sentido:

Os vínculos jurídicos que nascem entre as partes não são propriamente “relações jurídicas” (consideração “estática” do Direito), isto é, não são faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou mandamentos, senão “situações jurídicas” (consideração “dinâmica” do direito), quer dizer, situações de expectativa, esperanças da conduta judicial que há de produzir-se e, em última análise, da decisão judicial futura; numa palavra: expectativas, possibilidades e ônus. [...]

O conceito de situação jurídica diferencia-se do de relação processual, no qual este não se encontra em relação alguma com o direito material, que constitui objeto do processo, enquanto aquele designa a situação em que a parte se encontra com respeito ao seu direito material, quando o faz valer processualmente. É errôneo crer, por isso, que o conceito de “situação jurídica” não é diferente do de relação processual, e por isso é impossível admitir que esta se desenvolva até chegar a ser uma “situação jurídica”; esta não é uma mera situação da relação processual, para assegurar a unidade do processo, uma vez que tal unidade vem predeterminada pelo direito material, objeto de referência das “situações jurídicas” que surgem no processo. [...] ¹¹⁰

Outro posicionamento respeitável, mas que também não superou a doutrina da relação jurídica processual, foi a perspectiva do *processo como instituição*. Neste tocante, Jaime Guasp ¹¹¹ concebe o processo como um complexo de relações (vínculos de aproximação) estabelecidas entre os litigantes, o juiz, o Estado e os terceiros, dirigidas à obtenção de um fim comum: a satisfação de interesses coletivos ou individuais

¹¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p. 21-22.

¹¹¹ GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Tomo I. Madrid: M Aguiar, 1943.

(pretensões). O processo seria uma instituição, como uma família ou uma associação.

Posteriormente, verificou-se que a fase instrumental propôs o enfoque do processo na realização dos seus escopos social, político e jurídico, o que influenciou a aplicação e a formulação de novas técnicas processuais voltadas a uma postura mais teleológica. Tratando-se de uma perspectiva diferenciada acerca do fenômeno processual, a instrumentalidade acabou por incentivar uma reaproximação entre o processo e o direito material, propondo um maior desenvolvimento científico da jurisdição no lugar da ação.

Todavia, o maior desenvolvimento de institutos em torno da jurisdição, conquanto tenha revelado inegáveis avanços na redução das formalidades e na utilização do processo como um meio para a realização de direitos fundamentais, acabou apenas por ratificar o processo como um sinônimo de relação jurídica processual.

Ocorre que o processo, atualmente, não precisa mais partir da relação jurídica estabelecida no direito material para estabelecer um modelo conceitual. Ao contrário, o processo já possui maturidade e cientificidade suficiente para desenvolver sua própria teoria, dispensando qualquer analogia advinda do direito material.

A relação jurídica processual foi concebida como uma relação que se estabelece entre autor, réu e juiz (*actum trium personarum*). Logo, para se pôr em cheque a ideia de processo como relação jurídica processual, basta seja realizada a seguinte pergunta: *é possível a existência de processo fora da jurisdição?* E, obviamente, a resposta é positiva, porquanto atualmente é inegável a existência de um processo administrativo, ao lado de um processo judicial.

Pensando o direito processual na perspectiva dos direitos fundamentais, chegamos à conclusão de que o próprio elemento constituído pela jurisdição não precisa ser inerente ao conceito de processo, como também de que não é apenas a carga declaratória que interessa ao escopo da jurisdição, mas principalmente a produção¹¹² de resultados efetivos através do processo.

O processo tradicional (relação jurídica processual) está mais preocupado com a carga declaratória das decisões (dizer de quem é o direito). No direito romano havia distinção entre *interditos* (julgados pelos pretores, com carga mandamental) e *actios* (decididas pelos

¹¹² LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 317.

jurisconsultos, com carga declaratória). Entre os séculos III a V (Baixo Império), ocorreu a unificação por meio da publicização da *actio* e a extinção do processo formulário. Em razão da influência do Direito Canônico, contudo, tal unificação foi ignorada pelos glosadores, mormente porque a tarefa precípua atribuída ao juiz era, no imaginário coletivo, o de declarar o direito, como um Deus-Pai.

Tal influência – *concepção paternalista do Estado-juiz* – continuou presente quando da autonomia científica do direito processual sobre o material, preocupado excessivamente com a carga declaratória das decisões e respeito ao mito da segurança jurídica. Atualmente, o direito processual sob a perspectiva dos direitos fundamentais tem demonstrado que a jurisdição não mais é inerente ao conceito de processo.

Vale lembrar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 enfatiza por diversas vezes a existência de processo além da jurisdição:

[...] aos litigantes, em *processo judicial ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (art. 5º, LV)

[...] conceder-se-á "habeas-data": [...] para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, *judicial ou administrativo*; (art. 5º, LXXII, "b")

[...] a todos, no âmbito *judicial e administrativo*, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; (art. 5º, LXXVIII)

Neste mesmo sentido, por exemplo, a Constituição prevê o *processo eleitoral* (art. 16), o *processo legislativo* (arts. 27, § 4º, 59 e 84), o *processo administrativo para a perda do cargo público* (art. 41, II), o *processo de licitação pública* (art. 37, XXI), o *processo para perda do mandato parlamentar* (art. 55, II c/c §§ 2º e 4º), o *processo dos crimes de responsabilidade* (art. 85, *caput* c/c parágrafo único), o *processo de vitaliciamento do magistrado* (art. 93, IV), o *processos dirigidos por juiz de paz* (art. 98, II), os *processos disciplinares* promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (arts. 103-B, III e IV, e 130, § 2º, III e IV), o *processo seletivo público* dos gestores de saúde (art. 198, § 4º) e os *processos da Justiça Desportiva* (art. 217, § 2º).

Assim, verifica-se que a Constituição Federal Brasileira ora se utiliza da expressão *processo* para significar o exercício de uma das *funções típicas do Estado* (processo eleitoral, processo legislativo,

processo de licitação pública, processo seletivo, etc.), outrora no sentido de *tutela*, ou seja, um instrumento hábil de proteção contra o arbítrio do Estado e, ao mesmo tempo, meio de garantia de realização dos direitos fundamentais. Este último sentido é que o nos interessa para fins de estudo do direito processual civil.

A constitucionalização do processo civil proporciona o repensar do conceito de processo à luz dos direitos fundamentais (neoprocessualismo). Atualmente, processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual. O processo deve ir além: primeiro, conceitua-se o processo pela observância dos direitos fundamentais a ele atinentes, aplicados a uma base procedimental; segundo, impõe-se desatar as amarras que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição.

[...] Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da impenhência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o “processo” (esquema da disciplina de sua competência) e permanecem ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado clichê pandetístico da “relação jurídica processual”.

[...]

Como repetido, o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.

[...]

Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e, obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.¹¹³

Logo, a marca distintiva do processo é a participação dialética das partes diante de uma base procedimental, razão por que resta superado o conceito tradicional da relação jurídica processual e, por consequência,

¹¹³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 109-128.

significa que *há processo extrajudicial* – e que, nem por isso, deixa-se de aplicar os direitos fundamentais processuais constitucionalizados. Exemplos podem ser vistos na *arbitragem* e no *processo administrativo*.

Consoante lição de Eduardo Cambi, *o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo, ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir das bases constitucionais, trazem novas ideias que permitem revisar posições tradicionais [...]*¹¹⁴.

Fredie Didier Júnior aduz que, após a evolução do direito processual civil ter ocorrido em três fases (sincretismo, processualismo e instrumentalismo), passa a ser mais adequado considerar o momento atual como uma *quarta fase* da evolução do direito processual: neste sentido, utiliza-se da expressão *neoprocessualismo*¹¹⁵.

Ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina esta nova fase do direito processual civil de *formalismo-valorativo*¹¹⁶, ao destacar a importância dos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual.

Eduardo de Avelar Lamy passa a conceituar processo como *o ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais – tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal – que atuam sobre uma base procedimental*¹¹⁷, cuja especial finalidade é a de satisfação dos direitos nas vidas dos litigantes.

Em conclusão, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito processual civil proporcionam o repensar do conceito de processo. Para o neoprocessualismo, o processo consiste em um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais.

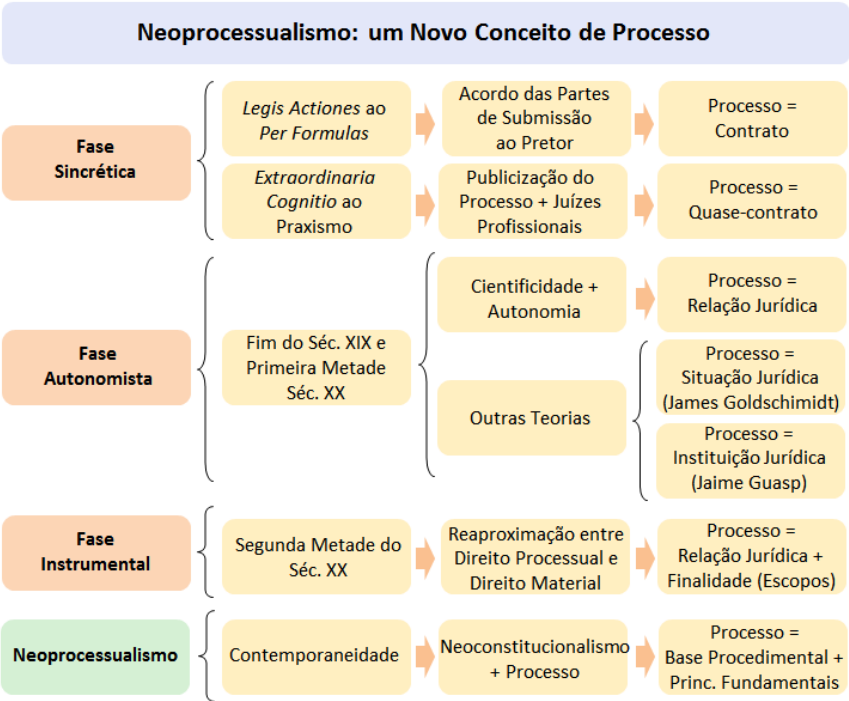
¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011, p. 31-32.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo, n. 137. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

¹¹⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaios de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 317.

Figura 8 – Neoprocessualismo: um novo conceito de processo.



4.2 PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS

4.2.1 Princípios: o elo entre o processo e a Constituição

Robert Alexy¹¹⁸ construiu uma teoria jurídica geral e integrativa dos direitos fundamentais, composta de três dimensões: a) *dimensão epistemológica-analítica*: busca conceituar o Direito de forma clara e coerente, enquanto ciência; b) *dimensão operativo-empírica*: preocupa-se com a aplicação do Direito e a busca de premissas constatáveis de forma empírica (baseado na experiência); c) *dimensão crítico-normativa*: consiste na análise crítica do direito posto, incluindo-se a jurisprudência, assumindo a dogmática jurídica um significado valorativo, mormente ao se tratar de direitos fundamentais.

Em sua *teoria estrutural*, Alexy distinguiu a normas, princípios e regras. Norma deve ser entendida no sentido de enunciado normativo, ou seja, a maneira como as normas são linguisticamente expressadas. Podem ser *normas-princípios* ou *normas-regras*. Como se verá, a diferença entre estas não é quantitativa, mas sim qualitativa.

Normas-princípios são verdadeiros *mandatos de otimização*, com elevado grau de abstração e generalidade, com diferentes graus de força normativa a depender da análise de um caso em concreto. Os conflitos entre princípios são apenas aparentes e se resolvem por meio da técnica da *ponderação de valores* (princípio da proporcionalidade): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade). Não existe hierarquia entre princípios, ou seja, não existem abstratamente princípios mais ou menos importantes, porquanto a preponderância de um sobre o outro dependerá da análise fática, circunstancial.

Normas-regras traduzem-se, geralmente, nos enunciados legais. Podem ser cumpridas ou não. Por isso, os conflitos entre regras se resolvem no âmbito de validade: uma exclui a outra. Para tal, existem critérios para determinar qual norma se sobrepõe à outra: critério hierárquico, critério cronológico e critério da especialidade.

É perfeitamente possível que normas-regras veiculem, em si, normas-princípios. Em um sistema predominantemente legalista, é tendência que os direitos fundamentais sejam cada vez mais positivados, muitas vezes esboçados na forma de normas-princípios, a fim de retirá-los a máxima carga de efetividade.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

Maior positivação dos direitos fundamentais ocorreu após a 2ª guerra mundial, especialmente em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Neste sentido, o caráter social democrata da Constituição Federal tem provocado a análise da função social de cada ramo do Direito – a este movimento denominou-se constitucionalização do Direito –, mormente com a inclusão em seu corpo de direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, o Direito Processual deve ser interpretado a partir dos valores imanentes da Constituição, não apenas de conceitos clássicos oriundos da própria ciência processual. Atualmente, citam-se direitos processuais entendidos como verdadeiros direitos fundamentais, como a inafastabilidade ao controle da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários (ampla defesa, contraditório, juiz natural, etc.), razoável duração do processo, a inadmissibilidade de provas ilícitas e a motivação e publicidade das decisões judiciais.

Tamanha constitucionalização do direito processual civil tem ocorrido que Nelson Nery chegou a distinguir o *Direito Constitucional Processual* – conjunto de normas processuais presentes na Constituição – do *Direito Processual Constitucional* – do qual decorre a denominada jurisdição constitucional, incluindo o processo de controle de constitucionalidade e o estudo dos *writs* constitucionais¹¹⁹.

O processo, ao ser influenciado pelos direitos fundamentais constitucionalizados, de simples instrumento para a obtenção da tutela jurisdicional, transforma-se em instrumento de participação permanente e indispensável para o exercício da cidadania.

4.2.2 Os diferentes graus de princípios do direito processual civil

Para Rui Portanova¹²⁰, os princípios do direito processual civil dividem-se em três graus diferentes:

a) *Princípios de terceiro grau* (ou *princípios informativos*): representam normas ideais e orientadoras, com forte conteúdo ético e finalidade de proporcionar melhorias no aparato processual, relacionados com os diferentes papéis a serem desempenhados pelo direito processual civil: princípios lógico, econômico, político, jurídico,

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41-44.

¹²⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

b) *Princípios de segundo grau* (ou *princípios gerais*): constituem-se nos *princípios fundamentais* do direito processual civil, dos quais se desdobram uma série de outros princípios correlatos, em razão de traços característicos comuns. Tratam-se dos princípios do juiz natural, do acesso ao judiciário e do devido processo legal. Esta interessante construção pode facilitar a compreensão, o estudo e o alcance dos princípios do direito processual civil, mormente sob um enfoque neoprocessualista.

c) *Princípios de primeiro grau* (ou *princípios em espécie*): são as diversas espécies de princípios que se desdobram dos princípios de segundo grau. Desdobram-se em muitos, abarcando uma série de valores importantes: a preservação da competência, a amplitude e licitude de provas, a prevalência da finalidade à forma, o amplo acesso da população às vias administrativa e judiciária, a possibilidade de recorrer, a segurança jurídica e a pacificação social por meio da coisa julgada, dentre outros aspectos relacionados aos direitos e garantias fundamentais.

4.2.3 Princípios do processo civil de terceiro grau

Os princípios de terceiro grau estão distribuídos em seis dimensões a seguir deduzidas:

a) *Princípio lógico: o processo deve desenvolver-se com os atos e formas mais aptas para descobrir a verdade e evitar o erro*¹²¹. Assim, a petição deve preceder a contestação, que deve preceder a instrução e julgamento. Ainda, serve como fundamento para a reunião de autos, unidade de instrução e decisão conjunta de ações. Por fim, existem certas relações que impõem a apreciação preliminar de algumas matérias, sem as quais o processo não terá razão lógica em prosseguir (relação de prejudicialidade), podendo envolver assuntos processuais (questões preliminares) ou de mérito (questões prejudiciais).

b) *Princípio econômico: o processo procura obter o maior resultado com o mínimo de esforço*¹²². Está ligado à ideia de economia e racionalização do processo, desdobrando-se em quatro vertentes: economia de custos, economia de tempo, economia de atos e de eficiência da administração judiciária. Neste sentido, vale destacar importante celeridade advinda dos Juizados Especiais, orientados pelos

¹²¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

¹²² *Ibidem*, p. 24.

axiomas da simplicidade, informalidade e economia processual (Lei 9.099/99, art. 2º).

Exemplos da observação deste vetor em nosso ordenamento constata-se com o sistema cautelar, o julgamento simultâneo de diversas pretensões, o tratamento dispensado às nulidades, o indeferimento de petição inicial inepta, o indeferimento de provas inúteis ou meramente protelatórias, o julgamento antecipado da lide, e a antecipação dos efeitos da tutela.

c) *Princípio político: pelo processo, o cidadão tem ao seu dispor instrumento capaz de prover os direitos privados de máxima garantia social com mínimo sacrifício das liberdades individuais e coletivas*¹²³. Trata-se da abertura que o processo dá para que o cidadão tenha à sua disposição meios processuais para atuar em face de ações e omissões dos poderes do Estado, facilitando o debate e o acesso ao Poder Judiciário.

O princípio político traz à baila o enfoque do cidadão, ao que Paulo Bonavides denomina *democracia participativa*. Para o renomado autor:

A democracia participativa é o direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e conduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos.

[...] Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete; mas do intérprete legitimado democraticamente enquanto juiz eletivo que há de compor os quadros constitucionais.

Nisto consiste a essência e o espírito da nova legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem provo não se alcança a soberania legítima.

As derradeiras instâncias decisórias hão de permanecer ali sempre vinculadas à emancipação direta da vontade popular.

¹²³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

[...] É na direção renovadora da hermenêutica constitucional e de sua axiologia, condensada em valores e princípios, que as instituições da democracia participativa hão de achar o caminho para solver seus problemas; caminho de concretude e não de abstração metafísica e programática, qual se perulstrara em idades constitucionais já ultrapassadas, quando a Constituição era tão-somente promessa de liberdade e esperança de democracia.¹²⁴

Logo, o processo civil, sob o viés político, torna-se em um relevante instrumento de participação, servindo como elo entre o povo e a realização de seus direitos; trata-se de um processo de portas abertas às postulações da cidadania.

d) *Princípio jurídico*: corresponde ao princípio da isonomia; *entende-se por princípio da igualdade a equiparação de todos que estejam submetidos a uma dada ordem jurídica no que se refere ao respeito, ao gozo e à fruição de direitos, assim como a sujeição a deveres*¹²⁵.

Contudo, a igualdade – como foi concebida: igualdade formal –, pressupõe que todas as pessoas existam e vivam em situação similar, sob seus mais diversos aspectos (econômico, cultural, social, etc.), o que não corresponde, nem de perto, à realidade da história da humanidade. Trata-se, portanto, de mera ilusão ou forma demagógica de legitimar a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. A lei, em tese, é igual para todos, mas nem todos dispõem dos mesmos meios, muitas vezes mínimos, necessários para colocá-la em prática.

Por isso, ao invés de princípio da isonomia ou igualdade, melhor identificar o princípio jurídico como um *princípio igualizador*, cuja natureza dinâmica tende à equalização entre pessoas e situações sujeitas a condições desiguais.

No processo civil, o princípio igualizador pauta-se pelo tênue equilíbrio entre os poderes e as faculdades das partes durante o tramitar do procedimento em contraditório. Relaciona-se intimamente com outros axiomas, como a ampla defesa, a imparcialidade e a paridade de armas. Ainda, materializa-se em diversos institutos, como a inversão do ônus da prova, a busca do julgador pela verdade real no processo civil (respeitando o princípio dispositivo) e o acesso dos mais

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33-37.

¹²⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

pobres ao processo por meio de representação técnica competente e capaz de defender seus interesses dentro e fora do juízo.

e) *Princípio instrumental: o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto*¹²⁶. Acerca do princípio instrumental, muito já foi dito quanto à instrumentalidade do processo no tópico 2.3.

f) *Princípio efetivo: o processo deve ser impregnado de justiça social*¹²⁷. Não há mais espaço para um processo imerso na individualidade. A função social do direito deve se impor sobre os interesses particulares, inclusive no âmbito do direito processual: o processo deve zelar pela supremacia do interesse social, servindo de instrumento de garantia de atendimento às necessidades das minorias, estando acima de direitos baseados em ilegítima arrecadação de riqueza e do lucro abusivo.

Consoante o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Assim, não mais prevalece o ideal utilitarista de o Poder Judiciário proteger somente as liberdades e as garantias individuais. Mais que um mero exercício de silogismo, a fundamentação das decisões judiciais têm importante papel na publicidade do exercício do poder judiciário, permitindo ao público a fiscalização quanto ao atendimento da supremacia do interesse social.

4.2.4 Princípios do processo civil de segundo e primeiro graus

Por sua vez, os *princípios processuais de segundo grau* (ou *princípios gerais do processo*) dividem-se em três: o juiz natural, o acesso à justiça e o devido processo legal.

4.2.4.1 Princípios derivados do juiz natural

O postulado do *juiz natural* tem por finalidade garantir a neutralidade do juiz e, com isso, a isenção das decisões. Juiz natural consiste no integrante do Poder Judiciário, identificado por claros critérios de competência e investido de prerrogativas mínimas para exercer com imparcialidade sua missão constitucional.

¹²⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 54.

Do axioma do juiz natural decorrem, principalmente, os seguintes princípios de primeiro grau:

a) *Princípio da inércia da jurisdição*: é também denominado *princípio da necessidade da demanda*. O juiz não deve dar início a um processo de ofício; antes da Constituição Federal de 1988 existia o denominado procedimento *judicialiforme*, em que o juiz poderia dar início ao processo de ofício. Logo, o juiz deve a equidistância das partes e a sua imparcialidade.

b) *Princípio da independência*: o juiz deve seguir suas próprias convicções à luz do Direito; por isso a Magna Carta instituiu a ele três prerrogativas, a fim de garantir sua independência funcional (art. 95): vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. São sinônimos *princípio da autonomia*, *princípio da interioridade* e *princípio da isenção de pressão externa*.

c) *Princípio da imparcialidade*: o juiz não deve ter interesse pessoal de qualquer espécie no litígio; logo, o juiz tem o dever de se julgar impedido (critérios objetivos) ou suspeito (critérios subjetivos), na forma dos artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil. Também conhecido como *princípio da alheabilidade*.

d) *Princípio da inafastabilidade*: se por um lado não se podem criar obstáculos ao cidadão para perseguir seus direitos diante do Poder Judiciário, por outro o juiz não pode declinar de sua missão constitucional de julgar. São sinônimos *princípio do controle jurisdicional* e *princípio da utilidade da jurisdição*.

e) *Princípio da gratuidade judiciária*: os mais necessitados devem ser assistidos e ter instrumentos idôneos de acesso ao Judiciário; neste sentido indispensável o devido aparelhamento das defensorias públicas (CRFB, art. 134), a fim de propiciar que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CRFB, art. 5º, LXXIV). Vale salientar que a Lei 1.060/50 não dispensa os mais pobres do pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, mas sim permite a *suspensão do pagamento destas verbas pelo prazo de 5 anos*, a contar do trânsito em julgado, e, se neste período não for possível o beneficiário fazer o pagamento, o débito restará coberto pelo manto da prescrição (art. 12). É também denominado *princípio da justiça gratuita*.

f) *Princípio da investidura*: somente os juízes devidamente investidos podem julgar processos judiciais. Consoante a Constituição Federal, o ingresso na carreira de juiz deve se dar mediante concurso público de provas e títulos do bacharel em Direito,

participação da OAB em todas as fases e comprovação de um mínimo de três anos de atividade jurídica (art. 93, I).

g) *Princípio da aderência ao território*: o juiz deve observar os limites espaciais da sua jurisdição. Em regra, atos praticados em outra comarca ou subseção judiciária devem ocorrer por meio de *carta precatória* ao juiz competente, por *carta rogatória* quando destinada ao exterior, ou *carta de ordem* determinando ao juiz determinada diligência a ser cumprida pelo Tribunal (CPC, arts. 202 a 212). Excepcionalmente, é possível citações e intimações a pessoas residentes em comarcas contíguas ou situadas em mesma região metropolitana (CPC, art. 230). Ainda, cabe ao juiz que primeiro despachar a competência acerca de imóvel que esteja situado em mais de uma comarca ou subseção judiciária (CPC, art. 107). É sinônimo de *princípio da improrrogabilidade da jurisdição*.

h) *Princípio da indelegabilidade*: o juiz não pode delegar ou transferir sua jurisdição, sob pena de violação ao juiz natural. Somente a autoridade competente poderá sentenciar (CPC, art. 5º, LIII). Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá delegar a execução de sentença nas causas de sua competência originária (CRFB, art. 101, I, *m*), assim como o relator de ação rescisória poderá delegar competência ao juiz onde deva ser produzida prova, a fim de colhê-la (CPC, art. 492).

i) *Princípio da indeclinabilidade*: o juiz não pode se eximir de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei (CPC, art. 126). Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, sempre buscando atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LINDB, arts 4º e 5º). Contudo, o juiz só decidirá por equidade nos casos expressamente previstos em lei (CPC, art. 127). Também denominado princípio *non liquet*.

j) *Princípio da inevitabilidade*: a jurisdição representa um poder que independe e se sobrepõe à vontade das partes, decorrente da nítida opção do legislador pela *natureza pública do processo*. Uma vez intentada a demanda, excepcionalmente, é possível pôr fim ao processo quando o autor desistir da ação (CPC, art. 267, VII e § 4º) ou quando as partes transigirem (CPC, art. 269, III). Neste sentido, é dever do juiz tentar a todo o momento conciliar as partes (CPC, art. 125, IV).

k) *Princípio da independência entre as esferas de jurisdição civil e penal*: um mesmo fato pode ser julgado em ambas as jurisdições, porquanto exercem finalidades diferentes; excepcionalmente, os arts 65 e 66 do Código de Processo Penal, bem

como o art. 1.515 do Código Civil, determinam que a existência do fato e da autoria, uma vez comprovados no crime, em razão do seu maior rigor no tocante às garantias que envolvem a colheita e produção das provas, vinculam a jurisdição civil. Também denominado *princípio da dualidade jurisdicional* ou *princípio da distinção da jurisdição civil e criminal*.

l) *Princípio da perpetuatio jurisdictionis*: uma vez fixada a competência relativa do juiz, deve permanecer inalterável até seus ulteriores trâmites; assim, determina-se a competência no momento em que a demanda é proposta, independentemente de fatos ocorridos posteriormente (CPC, art. 87). Vale destacar que tal princípio não se aplica às hipóteses de competência absoluta, por manifesta afronta ao princípio do juiz natural.

m) *Princípio da recursividade*: aquele que se sentir prejudicado por uma decisão tem a faculdade de buscar seu reexame. Para Rui Portanova¹²⁸, o princípio da recursividade visa satisfazer uma necessidade humana, o inconformismo com um único juízo de decisão desfavorável. Logo, *é mais amplo que o princípio do duplo grau de jurisdição*, porquanto abarca hipóteses onde há recursos, mas não propriamente para outro grau de jurisdição. Exemplos são os recursos de embargos infringentes e embargos de declaração.

4.2.4.2 Princípios derivados do acesso à justiça

Para Horácio Wanderlei Rodrigues¹²⁹, a expressão “acesso à justiça” permite uma dupla interpretação: primeiro, transparece o mesmo que *acesso ao Poder Judiciário*; segundo, pressupõe o *acesso a uma ordem jurídica justa*, enquanto acesso aos valores e direitos fundamentais.

Do axioma do *acesso à justiça* é possível abstrair uma série de outros valores processuais:

a) *Princípio da demanda*: a parte detém o direito de optar se quer acionar o Poder Judiciário para resolver um litígio; corresponde à liberdade de agir de alguém na defesa dos seus direitos em juízo; neste sentido, o direito de ação pode ser visto como um direito público subjetivo à obtenção de uma tutela estatal. São sinônimos *princípio da ação*, *princípio da disponibilidade*, *princípio do pedido*, *princípio da*

¹²⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104.

¹²⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 28.

*liberdade do direito de ação, princípio da iniciativa da parte, princípio monopolístico do cidadão de movimentar o Poder Judiciário, princípio da promoção do processo e princípio do “nemo iudex sine actore”*¹³⁰.

b) *Princípio da autonomia de ação*: o direito de provocar o judiciário é público e incondicionado, podendo ser exercido e invocado a qualquer momento e sob qualquer pretexto, independentemente do direito material (conceito abstrato de ação). Também denominado *princípio da incondicionalidade* e *princípio de ausência de limites no uso da ação*.

c) *Princípio dispositivo*: o juiz está adstrito aos fatos e pedidos requeridos pelas partes, sob pena de a sentença se tornar *citra*, *ultra* ou *extra petita*. Logo, o juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta (CPC, art. 128) e os pedidos devem ser interpretados restritivamente (CPC, art. 293). Hodiernamente, contudo, este princípio esta sendo em parte abrandado no tocante às produção de provas, cuja tendência demonstra que o juiz não mais é um mero expectador do processo, mas integrante participativo em busca da verdade real (CPC, arts. 130 e 131). Tal postulado é sinônimo de *princípio da congruência*.

Em especial, no tocante à flexibilização do princípio dispositivo, o magistrado deve comeder sua pró-atividade para não ensejar aparente imparcialidade ou desequilíbrio entre as forças exercidas pelas partes do processo. Neste sentido, recente decisão:

RESPONSABILIDADE. HOSPITAL. MÉDICO. Na ação de indenização por erro médico ajuizada contra o hospital, o juízo, após analisar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, deixou entrever que os médicos que praticaram o ato, litisconsortes meramente facultativos, poderiam também integrar a lide. Assim, determinou a citação deles após o requerimento e a concordância de ambas as partes. Diante disso, a Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, ser nula a decisão e excluiu o médico recorrente da lide, pois o juiz, ao sugerir seu ingresso, agiu como se fosse parte e violou os princípios da demanda (art. 128 do CPC), inércia e imparcialidade. O Min. Relator ressaltou que, apesar de o juiz não ser apenas um espectador da lide, sua atuação não pode sobrepor-se aos deveres impostos às partes na condição de sujeitos

¹³⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114.

processuais, quanto mais se o CPC, quando permite uma participação mais efetiva do juízo, faz isso expressamente (vide art. 130 desse código). Já o Min. Paulo de Tarso Sanseverino aduziu que a inclusão de parte não demandada pelo autor caberia nos casos de litisconsórcio necessário (art. 47, parágrafo único, do CPC) ou se efetivamente ilegítima a parte tida por ré, ressalvadas as situações excepcionais. A Min. Nancy Andrigli (vencida) entendia válida a citação porque, ao final, é proveniente da vontade das partes. (STJ, REsp 1.133.706-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Julgado em 01.03.2011)

d) *Princípio da concentração*: o réu deve alegar na contestação toda a matéria de defesa, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, com exceção do advogado dativo, órgão do Ministério Público e o curador especial (CPC, art. 302).

e) *Princípio da eventualidade*: as partes devem produzir todas as alegações e requerimentos de uma só vez, por razões de celeridade e economia processual: o autor quando da petição inicial (CPC, arts. 282 e 283) e o réu quando da contestação (CPC, arts. 300 e 301). Em sede recursal, somente podem ser alegados fatos novos decorrentes de força maior (CPC, art. 517).

f) *Princípio da estabilidade objetiva da demanda*: após a citação a parte-autora não poderá alterar a causa de pedir ou o pedido formulado, salvo com a expressa concordância da outra parte e, mesmo assim, tão-somente até o saneamento do processo (CPC, art. 264). Este axioma é também denominado de *princípio da imutabilidade da “causa petendi”* ou *princípio da substanciação*.

g) *Princípio da estabilidade subjetiva da demanda*: realizada a citação estabiliza-se a relação jurídica processual e as partes do processo não podem ser alteradas, com exceção das hipóteses previstas em lei (oposição, nomeação à autoria, chamamento ao processo, litisconsórcio necessário, substituição ativa para execução, substituição da parte falecida pelo espólio, etc.). Trata-se do *princípio da “perpetuatio legitimacionis”*, *princípio da estabilidade de instância* ou *princípio da estabilização do processo*.

4.2.4.3 Princípios derivados do devido processo legal

A tendência de publicização do processo enquanto garantia (segurança) do cidadão em relação ao possível arbítrio do Estado impõe

certos valores ligados à necessária obediência a regras de procedimento previamente definidas em lei. Assim, afirma-se o *princípio do devido processo legal*.

Neste tocante, Nelson Nery Júnior¹³¹ destaca que o princípio do devido processo legal pode ser observado em sentido material ou processual. O *substantive due process*, proveniente de orientação firmada pela Suprema Corte Americana, corresponde ao *princípio da razoabilidade* das leis em face dos direitos fundamentais; ou seja, o devido processo legal vai além do processo, albergando também questões de direito material, como a abusividade de uma cláusula contratual ou a irretroatividade da lei penal.

Por outro lado, existe o *procedural due process* (CPC, art. 5º, LIV), correspondendo à aplicação do devido processo legal no âmbito do processo administrativo e judicial, do qual decorre uma gama variada de outros princípios, a saber:

a) *Princípio da oficiosidade*: instaurada a jurisdição, o processo se desenvolve por regras públicas cogentes. Neste sentido, por exemplo, os prazos processuais e as regras referentes à competência absoluta não podem ser afastadas pela vontade das partes.

b) *Princípio do impulso oficial*: instaurado o processo, deverá ele correr até os seus ulteriores trâmites, independentemente dos atos das partes. Vale salientar que a Lei 8.952/94 acrescentou o § 4º ao art. 162 do CPC, permitindo que atos meramente ordinatórios sejam praticados de ofício pelo servidor.

c) *Princípio da lealdade processual*: os sujeitos processuais têm o dever recíproco de agirem de maneira ética e sempre pautada na boa-fé. Assim, as partes (CPC, arts. 17 e 18) e os terceiros (CPC, art. 14, V c/c parágrafo único) deverão colaborar com o juízo, bem como falar a verdade e agir com moralidade e probidade em todas as fases do procedimento.

d) *Princípio do contraditório*: consiste na intimação das partes acerca de atos e termos processuais, mais o oferecimento da possibilidade de contraditá-los por meio de provas e alegações (CRFB, art. 5º, LV). Trata-se de se *oportunizar* a manifestação das partes acerca de cada informação ou prova, durante o trâmite no processo, dando-se àquelas a potencialidade de interferir no julgamento do magistrado, evitando-se a surpresa e preservando-se o equilíbrio entre os interessados.

¹³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-87.

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais que isso, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal, são integrados pela bilateralidade.

[...] O contraditório assenta-se em fundamento lógico e político. A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz.

Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegação e provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento. Mais do que prestar informações às partes, o contraditório é informado pelo princípio do respeito da dignidade da pessoa.¹³²

d) *Princípio da ampla defesa*: como consequência direta do princípio do contraditório, a ampla defesa consiste na possibilidade de a parte alegar fatos e propor todas as provas possíveis na defesa dos seus direitos, excluídas aquelas consideradas ilícitas ou ilegítimas (CRFB, art. 5º, LV e LVI).

e) *Princípio da representação por advogado*: a parte deve estar representada em juízo por um advogado legalmente habilitado (CPC, art. 36), sob pena de nulidade do processo (CPC, art. 13). Logo, a capacidade de ser parte em um processo não se confunde com a capacidade postulatória. Por isso, o advogado é indispensável à administração da justiça (CRFB, art. 133). Excepcionalmente, a lei

¹³² PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

prevê hipóteses em que a parte pode postular diretamente ao juiz, em especial nas demandas com valor de até 20 salários mínimos perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95, art. 9º) e, até 60 salários mínimos diante dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01, art. 10 c/c. art. 3º).

f) *Princípio da publicidade*: todos os atos processuais são públicos, só podendo existir restrição quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem (CRFB, art. 5º, LX), como os ligados ao direito de família (CPC, art. 155, II) e a inviolabilidade de domicílio (CRFB, art. 5º, X); ainda, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade (CRFB, art. 93, IX).

g) *Princípio da celeridade*: o processo deve ter andamento o mais célere possível; neste sentido, *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (CRFB, art. 5º, LXXVIII), bem consiste no dever do juiz velar pela rápida solução do litúgio (CPC, art. 125, II).

h) *Princípio da preclusão*: consiste na perda de uma faculdade de exercício de um direito ou ato processual em razão do decurso de prazo (*preclusão temporal*), da prática de um ato incompatível com outro já realizado (*preclusão lógica*) ou da prática de um ato já exercitado e consumado (*preclusão consumativa*). No tocante à nulidade relativa, deverá ser alegada na primeira oportunidade que couber à parte, sob pena de preclusão (CPC, art. 245). No tocante à prova, contudo, a preclusão tem sido relativizada em razão da preponderância da verdade real sobre a verdade formal, mormente porque o juiz pode determinar a realização de prova de ofício e a qualquer momento do processo (CPC, art. 130).

i) *Princípio da indisponibilidade procedimental*: também conhecido como princípio da infungibilidade do rito, tradicionalmente tem-se entendido que a escolha do rito não cabe às partes, prevalecendo o interesse público em escolhê-lo. Neste sentido, será indeferida a petição inicial quando o tipo de procedimento optado pelo autor não corresponder à natureza da ação ou ao valor da causa (CPC, art. 295, V). No âmbito dos juizados especiais federais (Lei 10.259/01, art. 3º), por exemplo, tem-se entendido que a sua competência é absoluta, não sendo possível que as partes optem, mesmo que conjuntamente, pelo procedimento ordinário. Todavia, vale ressaltar que o projeto de Código de Processo Civil (PL 8.046/10), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, dispõe que o juiz pode dilatar os prazos processuais e alterar

a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, em busca de maior efetividade (art. 118, V).

j) *Princípio da ordinariade*: salvo disposição em contrário ou em lei especial, aplica-se o rito ordinário (CPC, art. 274). Quando for possível a cumulação de pedidos que tramitem sob diferentes procedimentos, deve-se adotar o procedimento comum ordinário (CPC, art. 292, § 2º). Logo, além de regra geral, o rito ordinário pode ser adotado subsidiariamente, em razão da maior gama de oportunidade das partes participarem do processo e, assim, dar maior amplitude ao contraditório.

k) *Princípio da informalidade*: a grande maioria dos atos processuais não depende de forma; somente quando a lei expressamente exigir uma forma determinada, deverá ela ser obedecida (CPC, art. 154).

l) *Princípio da instrumentalidade das formas*: mesmo quando a lei exige uma forma específica para a realização de determinado ato processual, deverá ser ele considerado válido se atingir a finalidade a que se destina e desta opção não resultar prejuízo às partes (CPC, art. 244).

m) *Princípio do aproveitamento dos atos processuais*: um ato processual só será declarado nulo se não for possível suprir o defeito que o inquina e, ainda assim, não tiver decidido o mérito da demanda em favor da parte que se julgar prejudicada (CPC, art. 249, § 2º).

n) *Princípio do prejuízo*: refere-se à expressão *pás de nullité sans grief*, importando na ausência de nulidade se da prática do ato processual defeituoso não houver nenhum prejuízo. Logo, o ato processual não deve ser repetido se o interessado não for prejudicado (CPC, art. 249, § 1º).

o) *Princípio da convalidação*: se a causa de anulabilidade ou irregularidade de um ato processual não for alegada na primeira oportunidade em que couber à parte interessada manifestar-se nos autos, estará coberta pelo manto da preclusão e, posteriormente, não poderá ser invocada (CPC, art. 245, *caput*). Obviamente, tal postulado não se aplica às nulidades absolutas, porquanto podem ser reconhecidas a qualquer momento e de ofício.

p) *Princípio da causalidade*: um ato processual inválido não contaminará os demais atos processuais que não estiverem com ele qualquer nexo de causalidade. Melhor dizendo, se um ato processual é anulado, somente os demais atos subsequentes que dele dependem também o serão (CPC, art. 248).

q) *Princípio da verdade real*: o juiz não pode se contentar com a mera verdade formal. O processo deve ser entendido como

instrumento de justiça social, razão por que o juiz tem o dever de determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130), bem como avaliá-las livremente, indicando na sentença os motivos do seu convencimento (CPC, art. 131). Assim, o juiz não se torna refém de injustiças, não restando preso aos grilhões das provas produzidas somente pelas partes. No tocante à prova pericial, por exemplo, é perfeitamente possível que o juiz se utilize de outros elementos na formação de sua convicção e julgue em sentido contrário à prova técnica produzida em juízo (CPC, art. 436). Há muito que a máxima *o que não está nos autos não está no mundo* cedeu lugar a uma atuação mais positiva do magistrado. Por isso, todos os meios legais ou moralmente legítimos são admitidos para provar a verdade dos fatos (CPC, art. 332).

r) *Princípio da licitude da prova*: decorre de expresse mandamento constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas (CRFB, art. 5º, LVI). Vale destacar que a doutrina tem diferenciado entre as provas ilegítimas (aquelas que afrontam normas de direito processual) das provas ilícitas (violam normas de direito material). Ainda, ressalta-se que as provas ilícitas obtidas por derivação também restam contaminadas, na adoção pelo Supremo Tribunal Federal da *teoria dos frutos da árvore envenenada*¹³³. Repousam como exceção a esta teoria a existência de provas autônomas (*independent source*) e em caso de descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*).

s) *Princípio inquisitivo*: no tocante às provas, incumbe ao juiz determinar as provas necessárias à busca da verdade real. Diferentemente do que ocorre na seara dos pedidos, em que se aplica o princípio da demanda, o juiz tem poderes mais abrangentes no âmbito probatório, inclusive para indeferir aquelas que julgar impertinentes, inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130). O juiz tem poderes para determinar de ofício o interrogatório das partes (CPC, art. 342), a exibição de documento ou coisa (CPC, art. 355), a colheita de prova oral de testemunhas referidas (CPC, art. 418, I), a acareação de testemunhas e partes (CPC, art. 418, II), a realização de prova pericial (CPC, art. 437) ou inspecionar pessoas ou coisas (CPC, art. 400).

t) *Princípio do ônus da prova*: ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito, ao passo que ao réu compete a prova

¹³³ A rejeição da prova derivada assenta-se na doutrina americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, aplicou a teoria, declarando a nulidade de todos os atos praticados no processo, desde a denúncia, inclusive (in MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 605).

da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333). Nas relações de consumo, em decorrência de manifesta hipossuficiência da parte ou da verossimilitude das alegações, um dos direitos básicos do consumidor consiste na possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova (Lei 8.078, art. 6º, VIII).

u) *Princípio da comunhão da prova*: a prova não pertence à parte que a produziu, mas sim ao juízo. As provas produzidas por uma das partes podem ser utilizadas contra ela mesma. Tal constatação decorre da publicidade do processo e da incansável busca pela verdade real.

v) *Princípio da imediatidade*: na medida do possível, o juiz deve colher a prova oral pessoalmente. Reações, gestos e até o timbre da voz das partes e testemunhas podem revelar maior ou menor credibilidade para a formação da convicção do magistrado. No âmbito dos juizados especiais, contudo, é permitido que a audiência de instrução seja realizada por um juiz leigo (v.g., um servidor nomeado por meio de uma Portaria), sob a supervisão do juiz togado (Lei 9.099/95, art. 37).

x) *Princípio da concentração*: os atos processuais instrutórios devem ser realizados o mais próximo possível uns dos outros, de preferência em uma mesma audiência, a fim de permitir ao magistrado tomar uma decisão diante de um todo probante, bem como tornar o processo mais célere e econômico. Exemplos de exceções a este princípio seriam a expedição de cartas precatórias, a cisão da audiência em razão da longa duração, da ausência de uma testemunha importante ou motivos de força maior. Vale destacar uma das práticas de enorme sucesso que vem sendo utilizada nos juizados especiais federais: busca-se concentrar na audiência a produção da prova pericial, mormente em matéria previdenciária e, logo em seguida, a oitiva das partes e das testemunhas, o que facilita em muito o esclarecimento de pontos controvertidos e a tomada de uma decisão mais próxima da realidade dos fatos apresentados.

w) *Princípio da originalidade*: a prova deve ter por objeto o mundo dos fatos. Assim, a prova tem por finalidade demonstrar o que ocorreu, não o que as pessoas pensam a respeito do fato que se pretende provar. Por exemplo, na colheita da prova testemunhal não interessa o “eu acho” ou “eu ouvi falar”, mas sim o “eu fiz” ou “eu vi acontecer”. São admissíveis as provas emprestadas, desde que as partes tenham tido oportunidade de participar de sua produção. Embora não haja tarifação quanto aos meios de prova, vale ressaltar que a prova técnica ganha

maior relevância em razão de natural e maior fidedignidade ao que se busca evidenciar.

y) *Princípio da correlação*: o juiz, quando da sentença, deve analisar a demanda somente nos limites em que foi proposta (*adstrição aos fatos* – CPC, art. 128) e dentro daquilo que lhe foi postulado (*adstrição aos pedidos* – CPC, art. 460). É omissa a sentença que aprecia menos (*citra*) do que foi postulado, e nula quando conceder além (*extra*) ou coisa diversa (*ultra*) daquilo que foi pedido.

Assim, por estar o juiz limitado não apenas aos pedidos formulados, mas também às causas de pedir, adota-se no Brasil a denominada *teoria da substanciação*. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR. CONTEÚDO. LIMITES. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS NARRADOS NA PETIÇÃO INICIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. - O processo civil brasileiro é regido pela teoria da substanciação, de modo que a causa de pedir constitui-se não pela relação jurídica afirmada pelo autor, mas pelo fato ou complexo de fatos que fundamentam a pretensão que se entende por resistida. A alteração desses fatos representa, portanto, mudança na própria ação proposta. - O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro dispositivo legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão. - Inexiste julgamento extra petita quando se empresta qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pelo requerente. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte desprovido. (STJ, 3ª Turma, RESP 1043163. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01.06.2010)

z) *Princípio “iura novit curia”*: o juiz conhece o direito. Este axioma espelha-se no brocardo *narra mihi factum, dado tibi ius*: narre-me o fato, que te darei o direito. Logo, as normas jurídicas não precisam ser provadas, com exceção de normas de direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário (CPC, art. 337). Ainda, por mais que os fundamentos jurídicos sejam considerados requisitos da petição inicial (CPC, art. 282, III), não se confundem com a exata menção do dispositivo legal a ser aplicado. Por exemplo, basta ao autor

afirmar que tem direito à indenização decorrente de um acidente de veículo que sua petição, no tocante ao fundamento jurídico, não será indeferida.

aa) *Princípio da identidade física do juiz*: o juiz que coletou a prova oral, em regra, deverá ser aquele a pronunciar a sentença. Excepcionalmente, não se aplica este postulado em caso de convocação, licenciamento, afastamento, férias, promoção ou aposentadoria do magistrado (CPC, art. 132). Ainda assim, se o juiz substituto achar por bem refazer a prova oral, poderá procedê-lo (CPC, art. 132, parágrafo único).

ab) *Princípio do livre convencimento motivado*: o juiz é livre para apreciar as provas produzidas e formar o seu convencimento (CPC, art. 131). Não se adota no Brasil, portanto, o sistema de provas tarifadas. Em princípio, a prova testemunhal não é menos importante que a prova técnica ou a própria confissão. Logicamente, parte-se de um mesmo patamar de avaliação e, à medida que as provas são produzidas, o magistrado pode avaliar quais são mais ou menos relevantes para o deslinde do feito.

ac) *Princípio da motivação*: todas as decisões exaradas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade absoluta (CRFB, art. 94, IX). A motivação exerce importante papel na aferição da vinculação do juiz à prova, permitindo que a parte ou terceiro que se julgar prejudicado tome as medidas processuais que entender cabíveis. Assim, ao lado do relatório e do dispositivo, a fundamentação (acerca dos fatos e do direito) é requisito indispensável da sentença (CPC, art. 458, II). Mesmo a sentença que extingue o processo sem resolução de mérito exige a fundamentação em forma concisa (CPC, art. 459, *in fine*).

ad) *Princípio da persuasão racional*: o juiz deve valorar as provas, sopesar as circunstâncias de fato e de direito e demonstrar logicamente o caminho percorrido para a sua tomada de decisão. Persuadir significa convencer, satisfazer expectativas. Diante da lógica formal, muito comum que o juiz se utilize do *silogismo*: confronta a premissa maior (direito) diante da premissa menor (fatos) e obtém uma conclusão. Também é verdade que a *dialética* travada entre as partes, em contraditório, auxilia na convicção judicial: a tese (petição do autor) é confrontada com a antítese (contestação) em busca da síntese. A verdade é que não existem receitas de bolo: toda decisão é um ato de inteligência, razão por que a persuasão consiste no caminho racional escolhido pelo magistrado para dar uma solução ao litígio.

ae) *Princípio da sucumbência*: a parte vencida em um processo judicial deve arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios (CPC, art. 20). O conceito de *despesas processuais* abrange as custas processuais (taxa paga ao Estado pela prestação dos serviços judiciários) e outros gastos com o processo (pagamento dos peritos, indenização de viagem, diária de testemunha, etc.). Conquanto as despesas processuais sejam indenizadas à parte vencedora, os *honorários advocatícios* consistem em um prêmio ao advogado vencedor, fixado entre 10% e 20% sobre o montante da condenação, a depender do seu grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza, importância ou complexidade da causa (CPC, art. 20, § 3º). Nas causas de pequeno valor, valor inestimável, de natureza não condenatória ou quando for vencida a Fazenda Pública, o valor dos honorários deverá ser fixado por *equidade* (CPC, art. 20, § 4º). Vale destacar que se houver sucumbência recíproca – se cada parte for, ao mesmo tempo, vencedor ou vencido – o juiz deve distribuir e compensar proporcionalmente os honorários advocatícios e as despesas processuais (CPC, art. 21). Salienta-se que a condenação em honorários advocatícios independe de expresse pedido (STF, Súmula 256).

af) *Princípio da imutabilidade da sentença*: após a publicação da sentença não pode o juiz modificá-la ou substituí-la, salvo para corrigir de ofício erros materiais (v.g., erros de digitação) ou de cálculo, ou por meio de embargos de declaração (CPC, art. 463). Excepcionalmente, o juiz pode reformar sua sentença após a publicação apenas em duas hipóteses: no prazo de quarenta e oito horas, quando houver apelação contra sentença que extinguiu o feito por indeferimento da petição inicial (CPC, art. 296); em cinco dias, interposta apelação em face de sentença de improcedência liminar de mérito (CPC, art. 285-A).

ag) *Princípio do duplo grau de jurisdição*: as decisões judiciais são suscetíveis de revisão por um grau superior de jurisdição. Conquanto não esteja expresse na Constituição Federal, por meio de interpretação sistemática observa-se que aos tribunais ordinários, em regra, compete a revisão do juízo monocrático. Exemplo desta opção pelo constituinte revela-se na previsão do *recurso ordinário constitucional*, cabível em mandado de segurança ou *habeas corpus* decididos em única instância pelos Tribunais Estaduais e Federais Regionais (CRFB, art. 105, II) ou pelos Tribunais Superiores (CRFB, art. 102, II). Vale mencionar que o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita (CPC, art. 509).

ah) *Princípio da remessa oficial*: as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (União, Estado, Município ou Distrito Federal,

e suas autarquias) só produzirão efeitos após a confirmação pelo tribunal, devendo o juiz determinar a sua remessa de ofício (CPC, art. 475). Não se trata de espécie recursal, mas sim de duplo grau obrigatório de jurisdição, sem o qual a sentença proferida não transitará em julgado. Não precisam de confirmação do tribunal sentenças com valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos ou àquelas que estiverem fundadas em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmulas do tribunal ou tribunais superiores (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º).

Existe previsão da remessa oficial em leis especiais, mormente em relação ao *mandado de segurança* (Lei 12.016/09), *desapropriação* (Decreto-lei 365/41), *nacionalidade* (Lei 818/49), *liberação de mercadorias provenientes do estrangeiro* (Lei 2.770/56), *abuso do poder econômico* (Lei 4.137/62), *ação popular* (Lei 4.717/65) e *execução fiscal* (Lei 6.830/80)¹³⁴.

ai) *Princípio da taxatividade dos recursos*: somente podem ser manejados os recursos previstos na constituição e na legislação federal. Estão previstos no Código de Processo Civil os recursos de apelação, agravo (na forma retida, de instrumento, interno ou nos próprios autos), embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência (CPC, art. 496). Na Constituição Federal está previsto o recurso ordinário constitucional (CRFB, art. 102, II, e art. 105, II). Ainda, existem outras hipóteses previstas na legislação especial, como os embargos infringentes na execução fiscal (Lei 6.830/80) e o recurso inominado nos juizados especiais (Lei 9.099/95, art. 41).

aj) *Princípio da singularidade dos recursos*: para cada espécie de decisão judicial, é cabível apenas uma espécie de recurso adequado. Por exemplo, contra uma decisão interlocutória cabe o recurso de agravo, contra uma sentença cabe o recurso de apelação, dentre outros. É também denominado *princípio da unirrecorribilidade*. Existem duas exceções a este postulado: os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão judicial; os recursos ordinário e extraordinário cabem contra o mesmo acórdão, embora enfrentem questões diferentes (violação à legislação federal e violação à Constituição).

ak) *Princípio da fungibilidade*: em caso de *razoável dúvida objetiva* acerca do instrumento processual a ser manejado, converte-se o meio escolhido pelo autor em outro procedimento, por se

¹³⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 267.

entender mais indicado. Vale mencionar que, historicamente, restava previsto no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, ao determinar que *salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos serem enviados à Câmara ou Turma a que competir o julgamento*.

As hipóteses de aplicação da fungibilidade de meios decorrem de entendimento jurisprudencial. Eduardo de Avelar Lamy cita como exemplos a dúvida quanto às formas de intervenção de terceiros, entre as medidas de urgência cautelar e antecipatória, entre os procedimentos adotados (desde que respeitadas as estruturas e os fins processuais), entre a ação rescisória e a ação anulatória, entre recursos por dificuldade em identificar a natureza da decisão a ser enfrentada, dentre outros¹³⁵.

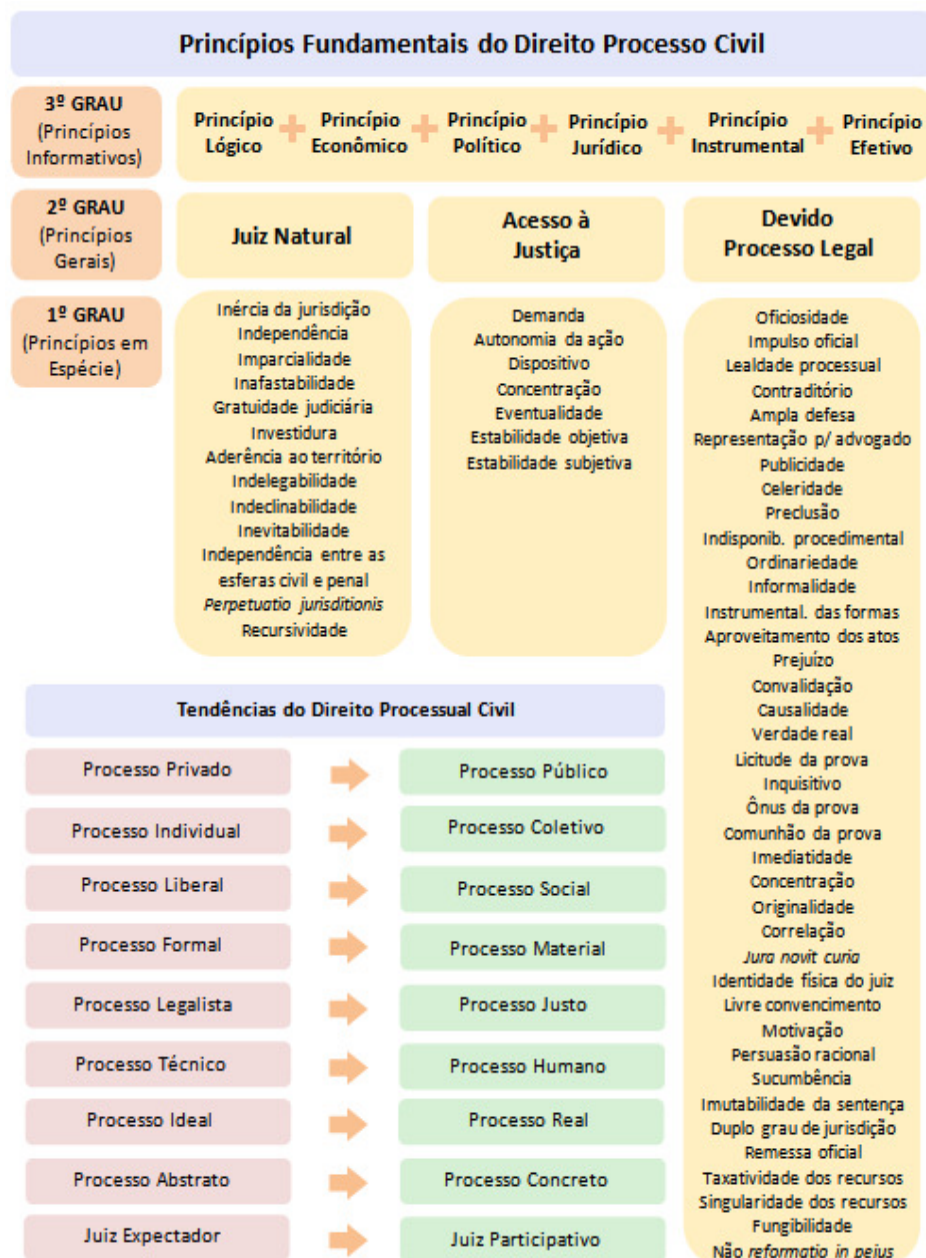
al) Princípio da proibição da *reformatio in pejus*: é vedado ao órgão recorrido agravar a situação jurídica do recorrente, ao analisar o recurso por ele interposto. Logo, o recurso só devolve ao conhecimento do tribunal aquilo que foi impugnado (efeito devolutivo). Todavia, toda espécie de recurso permite ao órgão recorrido conhecer de ofício matérias de ordem pública (efeito translativo), sendo possível a anulação da sentença, extinção do processo por ausência de condição da ação ou reconhecimento da prescrição ou decadência, mesmo que afete os interesses do recorrente.

Em conclusão, a partir da publicização e da marcante função social desempenhada pelo processo, Rui Portanova¹³⁶ conclui ser possível abstrair traços marcantes e tendências do moderno direito processual civil, tais como: mais público, menos privado; mais coletivo, menos individual; mais social, menos liberal; mais material, menos formal; mais justo, menos legalista; mais ético e humano, menos técnico; mais real, menos ideal; mais concreto, menos abstrato; e, o juiz exerce um papel cada vez mais ativo diante do processo.

¹³⁵ Cf., LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

¹³⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 284.

Figura 9 – Princípios fundamentais do direito processual civil.



4.3 EXPANSÃO DA CRIATIVIDADE JUDICIAL

Consoante nos ensina Mauro Cappelletti¹³⁷, a *interpretação do juiz* e a *criação do direito* não são conceitos contrapostos. Afinal, toda interpretação judiciária do direito legislativo exige um certo grau de criatividade. Mesmo a mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixa lacunas quando da sua aplicação a um caso em concreto, o que permite (e necessita) que o juiz aplique a exegese legal afastando eventuais ambiguidades e incertezas. Assim, o que se discute é o *grau de criatividade* e os *modos, limites e aceitabilidade* do direito criado pelos tribunais.

A interpretação exige o penetrar na seara dos pensamentos, inspirações e linguagem com a finalidade de compreender o alcance e a profundidade daquilo que se interpreta. Logo, *não há neutralidade no exercício da interpretação*, porquanto a capacidade intelectual, as experiências de vida, o perfil ideológico e o contexto social no qual está imerso o intérprete interferem diretamente em sua missão.

O intérprete, ao tentar preencher lacunas e esclarecer ambiguidades, deve fazer escolhas. E as escolhas que o intérprete faz trazem consigo a criatividade oriunda da projeção de seus valores, seja na interpretação dos precedentes, seja na interpretação da lei. Assim, toda interpretação é criativa, por sua natureza, e toda interpretação judiciária, portanto, torna do juiz, guardadas as proporções, em um fazedor de leis diante do caso em concreto.

Cappelletti¹³⁸, contudo, destaca que a função de interpretar o direito pelo magistrado não se equipara à atividade legislativa. Se for verdade que ao juiz incumbe esclarecer, integrar, transformar e, eventualmente, até mesmo criar novo direito na solução dos casos a ele postos à baila, sob um enfoque substancial, também é verdade que tal desiderato não se confunde com a função típica do processo legislativo. Os processos legislativo e judicial distinguem-se quanto ao *modo* de produzir o direito, embora ambos hajam de modo criativo.

Todavia, tal margem de discricionariedade interpretativa não se confunde com arbitrariedade. O juiz intérprete não é um criador ilimitado, livre de vínculos. Ao contrário, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer limites à liberdade judicial, de natureza processual ou substancial. Por exemplo, é nítido que o magistrado tenha maior grau de criatividade quando autorizado julgar por *equidade*, se

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 20-25.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 73-75.

comparado à aplicação de critérios legais. Deve-se ter em mente que o juiz tem como *dever mínimo* apoiar sua argumentação em um substrato jurídico consistente, não livremente no seu íntimo ideal de justiça. Na criatividade judicial dentro da aplicação do direito deve ser respeitada sempre a *fronteira do bom senso*.

O *formalismo* trouxe para o processo jurisdicional a lógica pura e mecânica de o juiz agir tão-somente como a *inanimada boca da lei*¹³⁹. Dentro do formalismo, o magistrado se encontra na posição de mero declarador de direitos, sem qualquer criatividade ou valoração pessoal, consistindo a sentença no resultado matemático de uma operação dedutiva.

Durante o século XX viu-se grandes avanços nas áreas da política social, por meio da regulação do direito ao trabalho, saúde, previdência, educação e segurança social. Gradualmente, o Estado lançou seus braços sobre a seara da economia, regulando questões atinentes ao consumo, concorrência, transportes e agricultura. O estado do bem-estar social foi resultado da atividade legislativa e, em última análise, da própria evolução do direito.

Quanto mais a sociedade torna-se próspera, urbana e tecnologicamente avançada, mais complexo torna-se o papel do Estado na missão de tentar controlar os efeitos colaterais e não desejados em matéria de produção e consumo (*externalities*)¹⁴⁰. Neste sentido, a questão ambiental torna-se de elevada importância na medida em que cabe ao Estado dar direcionamento às políticas sociais sem prejudicar o crescimento da economia.

Assim, não é mais possível confiar na *mão invisível* que orienta a economia, porquanto a lei que orienta o mercado é orientada pela *maximalização dos lucros*. Torna-se imperioso que o Estado interfira nos domínios da economia. O *welfare state*, para poder controlar a sociedade complexa, transforma-se aos poucos de *estado legislativo* em *estado administrativo*¹⁴¹. E, com um estado administrativo acentuado chega-se ao estado burocrático, destinado à proteção e à repressão de práticas abusivas, correndo-se o risco de se tornar um estado de polícia.

Também é certo que a legislação com finalidade social em muito se distingue da legislação tradicional. A promoção dos direitos sociais exige execução gradual, prolongada no tempo. Neste sentido, não há espaço simplesmente para legislação que diga o que é *certo ou errado*,

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 32.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 23-25.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 39.

que seja *oito ou oitenta*. A legislação social possui nítidos *contornos programáticos*, mormente porque define a finalidade e os princípios que orientam os direitos sociais, exatamente para permitir a transformação do presente sem prejudicar a formação do futuro.

Diante desta legislação social, o papel da criatividade judicial toma maior destaque, tendo em conta que o magistrado, ao interpretar os direitos sociais programáticos, tem espaço para maior grau de discricionariedade.

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau, não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.¹⁴²

Vale destacar, contudo, que o estado do bem-estar social, em resposta aos anseios de uma nova realidade econômica e social, foi criado pelo legislador, não pelos juízes. E, pior, *o legislador não é capaz de acompanhar, no exercício da função legislativa, as necessidades que a realidade impõe*. Muitas das leis são tardias e, com isso, tornam-se obsoletas; outras são ineficazes, *não pegam*; pior, muitas ainda criam confusão, obscuridade e descrédito da lei. Trata-se do *overload* (sobrecarga) do Poder Legislativo.

Outro aspecto interessante e não menos polêmico diz respeito à *crise de legitimação democrática*. O sonho dos *sistemas representativos de governo*, em que o povo formula a lei a qual se submete, transforma-se em pesadelo. Observa-se na atuação da classe política a defesa de interesses corporativos ou a políticas partidárias, distanciando-se dos anseios dos eleitores que representam.

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 43.

Para compensar a paralisia do legislativo, criou-se um aparato grandioso no poder executivo, composto de órgãos, autarquias e agências reguladoras, a quem foram confiadas tarefas normativas e fiscalizadoras. Assim, *os Poderes Legislativo e Executivo transformaram-se em dois gigantes*¹⁴³: o primeiro lento e ineficaz, e, o segundo, potencialmente paternalista e repressivo. Tais consequências trazem para o Poder Judiciário o aumento da sua função e responsabilidade: o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos do Poder Público. O Poder Judiciário viu-se forçado a escolher um dentre dois modelos: permanecer adstrito à clássica função jurisdicional ou acompanhar a evolução dos demais poderes.

No modelo em que o poder judiciário se impõe como um *terceiro gigante*, os tribunais judiciários e os juízes em geral ultrapassaram a tarefa de solucionar os meramente os conflitos privados, e tornaram-se também *controladores dos poderes políticos*.

Os direitos sociais foram uma resposta ao capitalismo desenfreado e sem limites, construído a partir da revolução industrial do século XIX, encampado pelos ideais do liberalismo burguês. Ocorre que o século XX, mormente a partir de sua segunda metade, experimentou outra espécie de revolução industrial: a *massificação* da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim, fruto desta segunda revolução econômica, as ações e relações humanas passam a assumir caráter cada vez mais coletivo.

A coletividade da titularidade dos direitos trouxe consigo importante repercussão sobre o estudo do direito processual. Cada vez mais se observa a importância de se construir meios de tutela que também tenham uma resposta em massa e que sejam proporcionais e suficientes para responderem aos anseios destes *novos direitos*¹⁴⁴. Por este novo esquema proposto não se demonstra mais adequado que uma resposta do judiciário atinja somente a esfera jurídica das partes que propõe determinada demanda, se o reflexo da decisão judiciária a muitos interessa.

Mas, não se trata apenas de expansão dos poderes processuais. Além disso, na tutela dos direitos difusos e coletivos, por serem mais vagos ainda em relação à sua titularidade e abrangência, permitem ao judiciário um inevitável grau de *ativismo* e *criatividade*. Em uma sociedade de consumo em massa, apenas um *Big Judiciary*¹⁴⁵ seria

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 46.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 56-60.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 61.

capaz de controlar as consequências sociais tanto do *Big Business* quanto do *Big Government*.

Outra demonstração histórica e proporcional de necessidade de limitação ao crescimento dos poderes do estado legislador tem sido a *constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais*, exprimindo valores irrenunciáveis e supranacionais, normalmente expressos na forma de princípios (liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça, etc.). E foi, em grande medida, o caráter não explícito do conteúdo dos direitos fundamentais (*cláusulas abertas*) que permitiu aos juízes e tribunais constitucionais responder às necessidades de uma sociedade livre e pluralista, em constante evolução. Eis aqui mais uma das causas que impõe a necessidade da criatividade judiciária.

Consoante lição de Mauro Cappelletti¹⁴⁶, os juízes devem interpretar e criar o direito observando *três limites processuais* (virtudes passivas): a) agir de maneira imparcial, estando livre de qualquer pressão das partes (*nemo iudex in causa propria*); b) observar o contraditório, dando a oportunidade das partes de manifestarem seu ponto de vista (*audiatur et altera pars*); c) diferencialmente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, o processo judicial deve ser iniciado por um interessado, nunca *ex officio* por juiz ou tribunal (*nemo iudex sine actore*).

Embora exista certa flexibilidade diante dos limites processuais ora apresentados, existem situações em que a criatividade judicial poderia se transformar em arbítrio. Por exemplo, o juiz que decide uma determinada controvérsia sem prévio pedido das partes, não oferece à parte contrária a indispensável oportunidade de defesa.

Por outro lado, torna-se imperioso levantar alguns *problemas que os juízes e os tribunais podem enfrentar na função criativa do direito*¹⁴⁷:

a) *Falta de acesso à informação*: aparenta-se mais difícil que o cidadão comum tenha acesso à informação do direito criado jurisdicional se comparado ao direito legislativo, especialmente quando codificado. Com a codificação busca-se uma formulação simples, clara, completa, sistemática e acessível a todos, por mais que tudo isso não passe de uma grande ingenuidade e utopia. Por isso, afirma-se que o direito judiciário é casuístico, produzindo repertórios mais numerosos, o que dificulta a consulta, mormente ao cidadão que não possui aptidão na

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 75-76.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 83-92.

seara jurídica. Em contrapartida, nunca o direito codificado seria completo, porquanto impossível prever toda diversidade de variáveis advindas das relações humanas. Assim, a diferença não seria qualitativa, mas apenas quantitativa.

Ainda, por mais consciente e evoluído culturalmente que seja o cidadão, a análise técnica e o possível enquadramento do direito jurisprudencial seria objeto do profissional do direito, ou seja, da pessoa legalmente habilitada. Ora, seria o mesmo que exigir que a medicina não evoluísse ao argumento de que a sua complexidade obrigaria que pessoas buscassem a ajuda de especialistas para um tratamento específico. A dificuldade de acesso do cidadão à justiça, portanto, não reside na complexidade do conhecimento jurídico, mas sim na falta de possibilidade financeira de contratação. Trata-se de um problema genérico, que existiria tanto no caso do direito judiciário quanto no direito legislativo.

b) *Eficácia retroativa das decisões*: em regra, o juiz declara o direito; quando o faz, a decisão tem eficácia retroativa, ou seja, aplica-se a fatos e situações ocorridas anteriormente. Neste caso, a criatividade jurisprudencial, por retroagir, colidiria com os valores da certeza e da previsibilidade, pondo em jogo a segurança de um sem número de relações jurídicas.

Para combater este déficit de certeza e previsibilidade, os tribunais têm mitigado tais consequências adaptando, moderando e também limitando os efeitos de tais mudanças, visando à preservação dos negócios jurídicos constituídos sob a égide e com fundamento em lei ou ato administrativo anulado. Na verdade, trata-se do que a doutrina constitucionalista costuma chamar, em sede de controle de constitucionalidade, de *modulação dos efeitos temporais*, presente em nosso ordenamento jurídico no art. 27 da Lei 9.868/99, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

c) *Incompetência institucional da magistratura*: argumenta-se que o poder judiciário não disporia dos instrumentos necessários a permitir a efetiva investigação de problemas complexos ligados a aspectos extrajurídicos (sociais, econômicos e políticos), o que

prejudicaria uma atividade criativa mais madura e completa. Os juízes não dispõem de estrutura ou recursos financeiros para custear pesquisas, diferentemente do que estaria ao alcance de comissões temáticas legislativas e ministérios.

Tal dificuldade pode ser atenuada mediante a ampliação de recursos destinados à contratação de peritos judiciais ou técnicas que forcem o adiantamento dos pagamento das custas da perícia por aquele que tem o ônus de produção da prova. Ainda, no Direito Brasileiro tem-se admitido a figura do *amicus curiae* (amigo da corte) nos processos que visam o controle abstrato de constitucionalidade, a critério do relator da causa em julgamento, além da conversão do julgamento em audiências públicas, a fim de permitir cotejar maior leque de possibilidade e permitir maior participação da sociedade nas causas de interesse da coletividade.

O projeto de Código de Processo Civil, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados, prevê o *amicus curiae* nos processos subjetivos, de acordo com o art. 322. Atualmente, só é prevista a possibilidade da participação de órgãos ou entidades estranhos à relação jurídica processual no controle direto de constitucionalidade, consoante a inteligência do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99:

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ainda, quanto à capacidade de investigação do poder judiciário, segue o teor do § 1º do art. 9º da Lei 9.868/99:

§ 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Outro problema estaria ligado ao comportamento dos julgadores dos tribunais superiores, geralmente mais conservadores em razão da educação, temperamento e idade. Isso poderia dificultar a abrangência ou a velocidade das criações judiciais, mas jamais desqualificá-las.

Impende ressaltar que o amplo domínio do setor econômico sobre os atores da política tem o condão de restringir a completa independência dos legisladores e administradores quando da valoração dos custos *versus* benefícios em prol da sociedade, reduzindo sua atividade criadora à mera demagogia. Afinal, como legislar contra os financiadores de campanha, em um modelo eleitoral ditado, ainda, pelo coronelismo? Os juízes, em razão de sua independência funcional, seriam menos vulneráveis às pressões impostas pelos interesses econômicos e corporativos.

Por fim, Mauro Cappelletti¹⁴⁸ destaca que

[...] A "impotência" relativa dos tribunais "de executarem a sua vontade", por exemplo, é vista por alguns como uma "fonte de força", antes que fraqueza, pois induz os juízes a "comandar convencendo, em vez de constringendo".

d) *Ausência de legitimação democrática do poder judiciário*: a independência dos juízes é uma conquista democrática; contudo, quanto mais independentes são os juízes, como todo núcleo de poder, existe maior tendência ao cometimento de abusos, e, portanto, de violação da própria democracia que lhe deu origem. Trata-se de um verdadeiro paradoxo.

Neste tocante, Cappelletti¹⁴⁹ elenca cinco fortes argumentos que refutam a ausência de legitimação democrática do poder judiciário, a saber:

i) Os cientistas políticos demonstraram amplamente que, mesmo diante de uma democracia ideal, a liderança legislativa e executiva nunca representará efetivamente a vontade do povo, mas sim a complexa estrutura política na qual grupos com interesses conflitantes manobram e disputam o poder;

ii) A constante renovação dos membros dos tribunais superiores permite o controle da filosofia política da Corte, mormente no caso do Brasil, em que a indicação é feita geralmente pelos órgãos de classe, após passar por "sabatina" diante do Senado Federal, mas a nomeação é eminentemente política, por meio de ato privativo no presidente da república (CRFB, art. 84, XIV);

iii) As decisões tomadas pelos tribunais podem dar importante contribuição à *representatividade geral do sistema*, permitindo o acesso e a proteção de grupos minoritários (raciais, religiosos, econômicos, etc.) que, em tese, continuariam marginalizados

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 90.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 94-107.

por não terem condições mínimas para a tutela individual de seus direitos;

iv) O processo jurisdicional, por seu peculiar respeito a certos direitos e garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc.) é o meio que permite maior participação do interessado se comparado a outros processos da atividade pública;

v) O conceito de democracia não pode ser reduzido à simples ideia de vontade da maioria; mais que isso, democracia está ligada à possibilidade de participação, tolerância e liberdade; neste sentido, o judiciário independente, suficientemente ativo, dinâmico e criativo, e que seja capaz de contrabalancear o crescimento dos demais poderes políticos pode contribuir em muito para a manutenção e construção da democracia.

Vale lembrar que a Emenda Constitucional 45/2004 promoveu ampla reforma constitucional do poder judiciário brasileiro, e, em especial, deu origem a um órgão de composto ministros de tribunais superiores, desembargadores, juízes, membros do ministério público, advogados e cidadãos – o *Conselho Nacional de Justiça* – destinado ao controle administrativo da atividade judiciária e ao combate à prática de abusos, aumentando sobremaneira a legitimação democrática do poder judiciário na medida em que há maior transparência nas atividades típicas da magistratura.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive

contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.¹⁵⁰

Em conclusão, Mauro Cappelletti¹⁵¹ observa que:

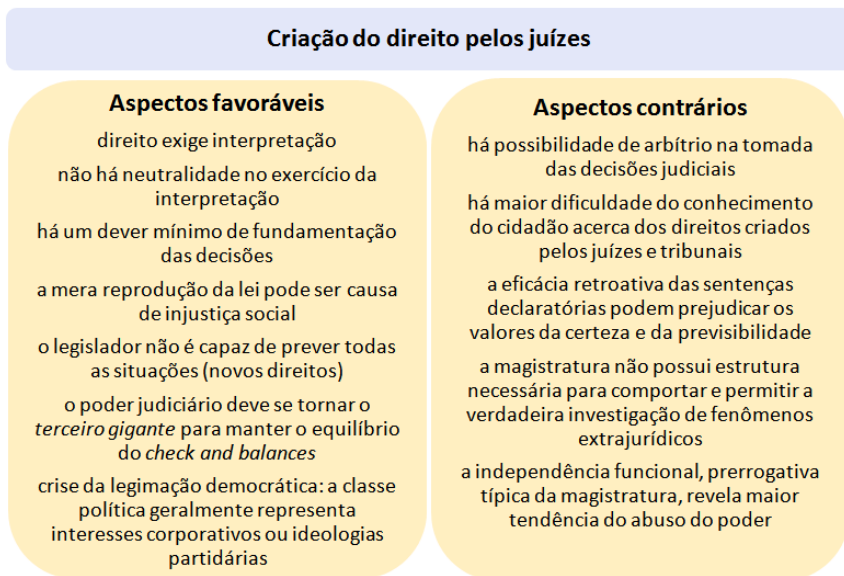
[...] bom juiz é o consciente das limitações e fraquezas acima analisadas, sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circumspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros. Só quando colocadas em perigo por ela as suas características naturais – as "virtudes passivas" de natureza "processual-estrutural", analisadas no § 11 –, deveria o bom juiz, sem qualquer hesitação, negar-se à audácia ativista. [...] o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto,

¹⁵⁰ CRFB, art. 103-B, §4º.

¹⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 92.

e por isso derrogação daquelas "virtudes" – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos dos tribunais superiores.

Figura 10 – Criação do direito pelos juízes.



4.4 APROXIMAÇÃO DO *CIVIL LAW* AO *COMMON LAW*

4.4.1 Busca pela efetividade do processo

Nos exatos dizeres de José dos Santos Bedaque,

[...] processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de

segurança, valor também essencial ao processo justo.¹⁵²

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõe a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir como desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.

Se processo efetivo pode ser entendido como aquele que é, ao mesmo tempo, célere e seguro, a efetividade do processo pode ser conceituada como a consequência da aplicação do binômio segurança-celeridade em busca da tutela jurisdicional.

Assim, de nada adiantaria a adoção de um procedimento extremamente célere, se fossem atropelados postulados básicos, como o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, etc.

Por esse aspecto, ter-se-ia potência sem controle, ou seja, um carro veloz à beira do abismo. A segurança jurídica é a certeza de por freio aos abusos, reduzir as desigualdades materiais entre as partes e de oportunizar a pluralidade de pensamento ao julgador.

Logo, o processo célere, desprovido de um mínimo de segurança, perderia a sua razão de existir: tornaria o Judiciário um mero chancelador da injustiça social.

De outro lado, um processo excessivamente seguro, repleto de obstáculos e recursos de toda a monta, também se afasta do conceito de justiça, na medida em que se transforma em um instrumento moroso e complexo, premiando por anos aqueles que deveriam arcar com as responsabilidades dos seus atos, causando séria sensação de impunidade.

Cada processo que se arrasta por anos é como um dos elos de uma enorme corrente que enlaça o judiciário em sua própria ineficiência, engessando as expectativas dos homens de bem que confiaram ao Estado o monopólio da jurisdição.

Não é por outra razão que Rui Barbosa¹⁵³ sustenta em clássica lição:

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49-50.

¹⁵³ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 74.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente [sic] poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Não sejas, pois, destes magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.

Contudo, a efetividade do processo não pode ser compreendida em um plano cartesiano. Melhor explica-se: a efetividade paira sobre um plano tridimensional, pois em que pese resultar da combinação segurança e celeridade, tanto um quanto outro aspecto variam em grau ou intensidade.

Portanto, é possível ter-se um processo mais ou menos efetivo. Basta que se imagine que a efetividade do processo tenha início, na escala mínima, partindo da seguinte combinação: mínimo de segurança, mais mínimo de celeridade.

Logo, respeitados os parâmetros essenciais toleráveis, a efetividade pode ser incrementada de três formas diferentes: aumenta-se a segurança; aumenta-se a celeridade; ou, aumentam-se ambas.

Surge, a partir daí, não só um conceito de efetividade, mas um modelo que busca mensurar e determinar como um dado instrumento processual pode contribuir com a efetividade do processo.

Mas, a partir daí, seria possível afirmar que a efetividade do processo consistiria, hoje, em um direito fundamental?

Ocorre que a segurança jurídica, sob o ângulo do processo, desde o nascimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estava expressamente prevista e permeava diversos dispositivos do seu texto legal, figurando ela como um dos cinco valores fundamentais mais relevantes, do qual derivam os demais direitos individuais fundamentais, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da propriedade (CRFB, art. 5º, caput).

Assim, do direito fundamental à segurança jurídica pode-se extrair outros tantos direitos fundamentais derivados de extrema relevância ao processo, como a coisa julgada, o devido processo legal, e os *writs* (garantias) constitucionais.

A celeridade, por seu turno, não estava estampada de forma expressa no texto constitucional. Apenas existia menção à necessidade de criação de juizados especiais, para o julgamento de causas de menor complexidade, mediante os procedimentos oral e sumário (CRFB, art. 98, I). Com efeito, a lei dos juizados especiais cíveis deu contornos infraconstitucionais a tal desiderato, prevendo em seu bojo textual o princípio da celeridade (Lei 9.099, art. 2º).

Um breve ensaio da necessidade de se introduzir a celeridade textualmente na Carta Magna, mas ainda de maneira escamoteada, foi a adição da eficiência, com a Emenda à Constituição 20/98, no rol dos princípios que norteiam a administração pública (CRFB, art. 37, caput).

Finalmente, com a vigência da Emenda à Constituição 45/2004, a partir de 01.01.2005 a celeridade foi acrescida ao rol dos direitos fundamentais, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Lei Fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Portanto, doravante, pode-se concluir que *a efetividade do processo é uma garantia fundamental explícita derivada*, tendo em conta que os elementos que o compõem – segurança e celeridade – estão previstos no texto constitucional.

Os paradigmas da ciência tradicional – simplicidade, estabilidade e objetividade – já não são suficientes para responder aos anseios da atual sociedade. Vive-se um momento histórico marcado pela complexidade, instabilidade e intersubjetividade das relações sociais¹⁵⁴. Assim, o Poder Judiciário tem exercido importante papel diante do aumento de litigiosidade; esta, contudo, acarreta morosidade e, consequentemente, crise no sistema processual.

Hodiernamente, um processo não é mais uma ilha perdida no oceano da jurisdição. A sociedade espera do processo um meio idôneo,

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. Campinas: Papirus, 2010, p. 153.

um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Neste tocante, mormente sob o ponto de vista sistêmico, não mais se justifica que sentenças que decidam questões exclusivamente de direito possam ser antagônicas entre si se já existe entendimento pacificado pelas Cortes Superiores.

A sociedade clama por efetividade do processo, diante da atual e crescente crise processual, advinda do aumento de litigiosidade e, consequentemente, de morosidade. A busca pela efetividade do processo deve nortear o legislador na construção de novas técnicas processuais e os operadores do direito na persecução do verdadeiro escopo do processo: a realização dos direitos fundamentais.

Aqui, ganha terreno a transcendência jurisprudencial, dando unidade ao sistema processual. Uma visão mais ampla, orgânica, exige instrumentos que ponham fim ao casuísmo do judiciário e, ao mesmo tempo, colaborem com a efetividade do processo.

Se o processo pode ser entendido como um instrumento de realização de direitos fundamentais, a efetividade consiste na potencialidade de um processo atingir melhor os seus objetivos. Logo, a efetividade enquanto uma qualidade do processo torna-se a potencialidade da maior realização possível dos direitos fundamentais.

Por isso, a fim de colaborar com a solução da crise no sistema processual, novas técnicas processuais, com nítida inspiração no *common law*, tem contribuído para o aumento da celeridade (*sistema de filtragem*) e da segurança jurídica (*sistema de vinculação*)

4.4.2 Transcendência jurisprudencial

A expressão *transcendente*, de acordo com Aurélio Buarque de Holanda, contém diversos significados, encerrando a ideia de algo que vai para fora de si, para além de seus próprios limites.

Dentro do fenômeno processual, a *transcendência judicial* está intimamente conectada à possibilidade de resolução de interesses inicialmente subjetivos, ligados apenas às partes, e de expansão de seus efeitos sobre toda a coletividade. Assim, busca-se resolver em *uma única tacada* um sem número de situações semelhantes, o que, sem dúvida, mitiga o problema da demora da prestação jurisdicional, na medida em que atenua a quantidade de processos em juízo e, ainda, inibe a propositura de demandas natimortas.

Ocorre que este processo de *objetivação* do processo tradicional traz consigo maior importância ao papel exercido pela jurisprudência e, consequentemente, maior criatividade judicial, o que tem aproximado os

sistemas do *civil law* e do *common law*, levando os estudiosos a repensar suas premissas.

Somado a isso, vale destacar que o sistema jurídico brasileiro, embora reconhecidamente mais próximo da família do *civil law*, por razões históricas, abriga um direito constitucional com inspiração no modelo norte-americano, adotando um duplo mecanismo de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), e, ao mesmo tempo, passando a valorizar sobremaneira os precedentes jurisprudenciais.

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do *common law*.¹⁵⁵

Assim, nada mais razoável analisar quais os grandes fenômenos de transcendência jurisprudencial a partir das clássicas distinções entre as duas citadas famílias jurídicas para, dentro das diferenças, demonstrar a tendência do Direito Brasileiro a constituir um sistema verdadeiramente misto.

Mirjan Damaska – em sua obra *The faces of justice and state authority* – compara os aspectos mais relevantes dos maiores sistemas de justiça adotados no mundo ocidental, originários do tronco comum do direito romano.

O *civil law* confere especial importância ao direito escrito, baseando-se no modelo paternalista de Estado, em que os juízes aplicam o direito sob a observância das leis. Estas, votadas pelos representantes do povo, simbolizam o sentimento de justiça, razão porque qualquer fuga à legalidade, importando em discricionariedade, é vista como medida excepcional e, muitas vezes, temerária. Para a manutenção da segurança jurídica, admitem uma ampla gama recursal, permitindo um

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, p. 42.

acesso mais facilitado às cortes superiores. Os juízes, pautados no axioma da verdade real, têm maior liberdade instrutória, exercendo um papel ativo no processo.

O *common law*, por outro lado, funda-se nos costumes locais e na cultura da comunidade, exercendo os juízes, normalmente eleitos, um papel pacificador. Pela sua maior proximidade, os juízes possuem poderes mais amplos que os tribunais, sendo excepcional o acesso às cortes recursais e, mais difícil ainda, à corte constitucional. Os advogados exercem um função mais proativa, podendo produzir provas em seus escritórios, ficando reservada ao juiz uma posição de maior neutralidade.

Figura 11 – Comparação entre o *civil law* e o *common law*

| Mirjan Damaska <i>The faces of justice and state authority</i> | |
|---|--|
| Civil Law | Common Law |
| Direito escrito | Direito consuetudinário |
| Modelo hierárquico: o papel do Poder Judiciário é instrumental: aplicar a vontade da lei | Modelo de coordenação de ideais: o papel do Poder Judiciário é pacificador: reconciliar e harmonizar litigantes |
| Representa a justiça do Estado | Representa a justiça da comunidade |
| Juízes profissionais, escolhidos por critérios técnicos, com caráter vitalício e tendentes à especialização | Juízes leigos ou profissionais de investidura política, geralmente eleitos pela comunidade |
| Juízes adotam o critério da legalidade: as decisões discricionárias são vistas como uma forma abusiva de decidir. A equidade deve ser autorizada pela lei | Juízes criam soluções para as lides à luz de um caso em concreto: o juiz tem maior liberdade, pois cria o direito à luz da consciência da comunidade |
| Os tribunais hierarquicamente superiores podem rededir toda a demanda. Há muitos recursos, visando à segurança do sistema de justiça | O juiz de primeiro grau tem mais poder de decidir: o cabimento de recursos só é possível em situações excepcionais. O juiz está mais próximo da comunidade |
| Muitos recursos chegam às Cortes Superiores | Poucos recursos chegam às Cortes Constitucionais |
| As decisões de primeiro grau costumam ter eficácia provisória | As decisões de primeiro grau geram eficácia definitiva |
| Prevalência das provas escritas: grande importância dos documentos escritos | Prevalência das provas orais: os documentos devem ser ratificados |
| O papel de produzir provas está muito centralizado nas mãos do juiz: o advogado postula e o juiz autoriza | Os advogados podem produzir provas em seu escritório, colhendo depoimentos e fazendo perícias |
| O juiz é ativo: produz provas | O juiz é inerte e equidistante |

Mauro Cappelletti¹⁵⁶, por sua vez, aponta para quatro distinções básicas entre os sistemas do *civil law* e do *common law*:

a) *Quanto à estrutura e organização*: geralmente, os tribunais superiores do *common law* têm estrutura unitária e composta por um número reduzido de julgadores (nove juízes compõe as Cortes Supremas dos Estados Unidos e Canadá). No sistema do *civil law* europeu, as cortes supremas dividem-se em duas: uma para matérias civil e penal (*Corte de Cassação* italiana, *Cour de Cassation* francesa e *Bundesgerichtshof* alemã) e outra para matéria administrativa (*Conselho de Estado* italiana, *Conseil d'État* francesa e *Bundesverwaltungsgericht* alemã). Vale lembrar que o Brasil, embora ligado à família do *civil law*, adota *jurisdição una*, não aderindo ao modelo do contencioso administrativo.

Ademais, é visível o enfraquecimento da autoridade dos tribunais, porquanto as cortes e conselhos típicos do *civil law* europeu costumam ser compostos por um número considerável de julgadores, o que contribui para decisões contrapostas dentro de um mesmo tribunal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, o que evidencia uma maior aproximação à estrutura das cortes supremas do *common law*.

b) *Quanto aos mecanismos de seleção de assuntos que chegam à Corte Suprema*: é recorrente nos países que adotam o sistema do *common law* a utilização de mecanismos processuais para a escolha daquilo que será analisado pela Corte Constitucional, diferentemente do que ocorre com o *civil law* europeu. Evidentemente, um número tão elevado de decisões acaba por comprometer a qualidade da análise e a coerência dos pronunciamentos judiciais.

No Brasil, seguindo os passos do sistema do *common law*, novos institutos processuais têm refinado, aos poucos, a *malha da peneira* do acesso aos Tribunais Superiores, ao argumento da qualidade e de se evitar decisões contraditórias, atribuindo maior segurança e unidade ao sistema.

c) *Quanto à sociologia judiciária*: esta distinção refere-se ao tipo de juiz que normalmente compõe o tribunal. Nos países que adotam o sistema do *civil law*, o juiz exerce uma carreira, normalmente após ter superado concursos públicos destinados à seleção dos mais qualificados.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 116-28.

Diversamente, nos países do *common law* os juízes são escolhidos politicamente, como uma premiação de uma personalidade de grande relevo para a sociedade. Neste tocante, com exceção da nomeação dos Ministros dos Tribunais Superiores ou aqueles escolhidos pelo quinto constitucional, a prévia necessidade de aprovação do magistrado, dos membros do ministério público e da defensoria pública em um prévio concurso de provas e títulos é considerado conquista histórica, ligada em última análise à democracia e à possibilidade de participação popular, por meio da *meritocracia* (e não do apadrinhamento) nos poderes estatais.

d) *Quanto ao vínculo dos precedentes judiciais*: a causa de pedir pode ser fática ou jurídica. De acordo com Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁵⁷, a *causa de pedir fática* está relacionada aos fatos que interessam ao julgamento da demanda, ao passo que a *causa de pedir jurídica* diz respeito à criatividade que o operador jurídico necessita para melhor fundamentar o seu pedido.

Todo precedente é composto de duas partes distintas: i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e ii) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. A razão de decidir nada mais é que a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão.

Ocorre que é a *ratio decidendi* que determina a extensão material da força vinculante de um determinado precedente. No caso da aplicação de uma súmula vinculante ao um caso em concreto exige-se que, antes de tudo, haja enquadramento na causa de pedir jurídica. Só é possível que um determinado precedente judicial seja aplicado quando suas razões de decidir correspondam ao caso em análise.

A análise de enquadramento da causa de pedir, em especial a causa de pedir jurídica, permite ao aplicador do direito verificar se um determinado precedente jurisprudencial tem a potencialidade de vincular ou não a decisão do julgador quando da aplicação de uma súmula vinculante, buscando inspiração, em linhas gerais, ao sistema do *stare decisis*, típico do *common law*.

Por meio de vinculação estar-se-á transformando as súmulas do Supremo Tribunal Federal não em um precedente vinculante, como ocorre na *common law*, mas sim em um instituto híbrido: um enunciado constituído nos moldes de uma

¹⁵⁷ LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 160.

súmula, mas que possuirá efeitos vinculantes para as demais instâncias jurisdicionais.

Trata-se, desta forma, de efeito que difere do precedente vinculante do direito anglo-saxão. O *stare decisis*, cuja tradução literal significa "decisão a ser observada", não obriga invariavelmente o julgador a seguir o entendimento do precedente vinculante, determinando apenas que, para o julgamento do caso concreto, seja utilizado como ponto de partida o precedente já existente, até porque naquele sistema a lei não possui a pretensão de regular detalhadamente as situações, deixando à jurisprudência o dever de fazê-lo.¹⁵⁸

4.4.2.1 Técnicas de filtragem às instâncias superiores

É possível citar alguns exemplos de *técnicas de filtragem de processos às instâncias extraordinárias*.

O art. 557 do Código de Processo Civil prevê hipóteses que conferem ao relator poderes para a *negativa de prosseguimento de recurso manifestamente inadmissível*, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Ainda, o mesmo dispositivo, em seu §1º, prevê que *o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*.

Apesar de posicionamento minoritário alegar violação ao Princípio da Ampla Defesa, entendeu a Excelsa Corte¹⁵⁹ ser perfeitamente constitucional a decisão monocrática do relator, a fim de conferir eficácia e supremacia aos entendimentos jurisprudenciais consolidados pelo Tribunal do qual faz parte ou dos demais Tribunais Superiores, garantindo segurança jurídica e o máximo de celeridade.

A Lei 11.277/06 acrescentou ao Código de Processo Civil a possibilidade de *julgamento liminar de improcedência*, quando a matéria controvertida for exclusivamente de direito, e desde que o juiz já tenha se manifestado desta forma em casos idênticos (art. 285-A).

¹⁵⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaios de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011, p. 37.

¹⁵⁹ STF – 1ª Turma – RTJ 173/948; STF – 2ª Turma – AI 375.370/CE – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – DJU 23.08.02

Ora, se um dos requisitos de sua aplicação é a prévia prolação de sentença de improcedência em casos idênticos, analisados no primeiro grau de jurisdição, por que também não seria possível julgar de plano pela improcedência com base em súmula ou decisão manifestamente contrária a posicionamento jurídico adotado pelo Supremo Tribunal Federal? Não seria desnecessária a existência deste primeiro processo que julga pela improcedência em tais casos?

Se existem instrumentos aptos a garantir a supremacia das decisões da Corte Suprema, como é o caso da reclamação constitucional, é óbvio que o ordenamento indica repudiar qualquer decisão contra tal entendimento. Logo, assim como o relator tem poderes para negar o prosseguimento de recurso manifestamente inadmissível (CPC, art. 557), é perfeitamente possível ao juiz concluir pela improcedência da demanda, de plano, utilizando como fundamento da sentença decisão exarada pelo Tribunal Pleno do STF, a fim de garantir a supremacia da Constituição, o que importaria em uma resposta mais célere e pautada na segurança jurídica.

A Lei 11.672/08 acrescentou os artigos 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil, permitindo, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o *sobrestamento de recursos extraordinários e recursos especiais* com idêntica fundamentação de direito, quando houver multiplicidade de recursos, tanto pelo presidente do tribunal responsável pela prévia análise destes remédios quanto pelo relator natural.

No sobrestamento de processos com objeto idênticos não se buscam apenas a celeridade de tramitação e a desobstrução das pautas de julgamento, mas também garantir maior segurança jurídica, ao evitar decisões contraditórias entre suas turmas, o que tende a unificar as divergências entre os seus membros.

Ao prever a possibilidade de sobrestamento de feitos com idêntica controvérsia, evitam-se potenciais decisões conflitantes, tendo em conta que o julgamento do paradigma lastreará seus efeitos sobre as causas similares. Tal técnica processual já era utilizada no âmbito dos juizados especiais federais, com expressa previsão nos artigos 14 e 15 da Lei 10.259/01.

A Lei 11.418/06, ainda, trouxe à baila o artigo 543-A no Código de Processo Civil, mais um requisito específico de admissibilidade ao recurso extraordinário – a *repercussão geral* –, em respeito à Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988. Não será conhecido o recurso extraordinário quando não tenha por objeto questão constitucional que

não seja relevante sob os aspectos social, político, econômico ou jurídico. Dá-se maior importância, portanto, às causas que ultrapassem os estreitos interesses das partes, ressaltando ao Supremo Tribunal Federal a análise de matérias coletivamente relevantes.

4.4.2.2 Técnicas de vinculação a precedentes judiciais

Citaremos alguns exemplos, a seguir, de *técnicas de vinculação a precedentes judiciais*.

Tradicionalmente, a doutrina constitucionalista criou o dogma de que o controle difuso só poderia produzir eficácia entre as partes envolvidas no processo.

O controle é denominado *difuso* porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional, o que não impede que a Corte Suprema torne abstrata a análise da demanda que inicialmente era concreta, a fim de tornar sua eficácia *erga omnes*. Busca-se, assim, impor a supremacia das decisões da Corte Constitucional, e, ao mesmo tempo, gerar economia processual, evitando que um sem número de processos tramite desnecessariamente.

No âmbito dos Tribunais ordinários tal *abstração* do controle difuso já ocorria quando era instaurado o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Por sua vez, o §5º do art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – regulando a previsão dos arts. 14 e 15 da Lei 10.259/01 –, aduz que, ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos juizados especiais federais, verificado a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria.

Tal técnica foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial em dois julgados:

a) Recurso Extraordinário 197.917/SP: a Corte Suprema entendeu dever ser obedecida a *cláusula de proporcionalidade do número de vereadores* nos Municípios. Com esteio neste julgado, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 21.702/2004, sendo alvo de duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que foram julgadas improcedentes, sob o fundamento de que aquele apenas obedeceu ao Princípio da Força Normativa da Constituição, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes*;

b) *Habeas Corpus* 82.959/SP: o Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes aplicou, analogicamente, o procedimento previsto no art. 321, §5º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, levando para o Tribunal Pleno a discussão da inconstitucionalidade em abstrato do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que *vedava a progressão de regime nos crimes hediondos*, com eficácia *erga omnes*, mas determinou efeitos *ex nunc* à sua decisão, a fim de evitar inúmeras ações de indenização contra o Estado, forte na inteligência do art. 27 da Lei 9.868/99.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Trata-se da *súmula vinculante*.

Ainda, a Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (CRFB, art. 103-A, §1º).

A aprovação, revisão e cancelamento da súmula vinculante poderão ser provocados, além do próprio STF, por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. A Lei 11.417, de 19.12.2006, por fim, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à efetividade do processo, não há falar em prática temerária à segurança jurídica, ao argumento de ocorrer mitigação da liberdade de convicção do julgador *a quo*, porquanto a súmula vinculante nada mais faz que enunciar o pensamento da Corte Suprema, responsável pela interpretação e aplicação da supremacia constitucional.

Ao contrário, muito mais temerário e inseguro seria, tanto para a credibilidade do Poder Judiciário quanto para o tratamento isonômico dos cidadãos em geral, que casos praticamente idênticos fossem resolvidos de maneiras diferentes. A súmula vinculante, na verdade, veio a suprimir a *roleta russa da primeira instância*, ou seja, a

pluralidade de julgamentos conflitantes em causas pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal. Imaginem-se quantos processos não foram julgados contra a interpretação da Constituição pela Corte Suprema, gerando o trânsito em julgado, mormente dos que possuem menos recursos financeiros, e, conseqüentemente, assistência técnico-jurídica para chegar a interpor Recurso Extraordinário.

Sob outra perspectiva, a efetividade do processo será percebida sobre duas facetas, decorrentes do aumento de celeridade: diretamente, em relação aos processos cuja matéria é alcançada pelo enunciado de súmula; e indiretamente, com a sensível diminuição de processos e recursos desnecessários, estes sim, que engessam o Poder Judiciário. Daí a colaboração para a efetividade do processo.

Observe-se que a natureza da vinculação é obrigatória, produzindo os mesmos efeitos que já se tinha quando controle direito de constitucionalidade. Contudo, saliente-se que tal vinculação diz respeito tão-somente aos Poderes Executivo e Judiciário, razão por que é perfeitamente possível que uma nova lei afaste a aplicação de uma súmula vinculante.

No tocante à natureza jurídica da súmula vinculante, parte da doutrina (Arthur Mendes Lobo, Calmon de Passos, Edílson Pereira Nobre Júnior e Humberto Theodoro Júnior) acredita ser ela verdadeira fonte do direito, na medida em que permite a elaboração de normas cogentes dotadas de efeito *erga omnes* e providas de comando genérico e abstrato, tal qual acontece com as leis, com a característica específica de ser editada pelo Poder Judiciário.

De outra monta, há forte corrente a sustentar que a súmula vinculante é invariavelmente ato jurisdicional típico, possuindo força vinculante uniformizadora dos entendimentos consolidados. Afinal, a súmula vinculante é fruto, agora típico, da atividade jurisdicional, ou seja, só é possível a criação de súmula vinculantes a partir da discussão e do visível interesse de generalização de uma razão de decidir proveniente de uma decisão judicial.

Impende ressaltar que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a *reclamação* para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (CRFB, art. 102, I, “I”). Ainda, os artigos 13 a 18 da Lei 8.038/90 regulam o procedimento da reclamação constitucional. Por fim, no âmbito administrativo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal trata do assunto entre os artigos 156 e 162.

A reclamação constitucional é um instrumento processual apto a garantir a obediência das decisões da Corte Suprema, quando estas forem revestidas de eficácia *erga omnes*, seja em ações iniciadas pelo controle direto, seja pelo controle abstrato.

A reclamação colabora para efetividade do processo na medida em que é revestida de *instrumentalidade ao quadrado*, pois se configura em um meio para viabilizar a concretude de outros instrumentos de garantia da supremacia constitucional, operacionalizando aquele que precisa de, de forma coativa, fazer valer a vontade da Excelsa Corte.

Por fim, surge com o projeto de Código de Processo Civil¹⁶⁰ a instauração do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 930 a 941) a permitir que o juiz (ou relator), de ofício, ou as partes, a defensoria e o ministério público, por petição, busquem a instauração do aludido incidente a fim de pacificar controvérsia que tenha o *potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito* e de *causar grave insegurança jurídica*.

Visa o IRDR dar maior agilidade aos processos em geral, tendo em conta que a tese jurídica, uma vez acolhida e decidida, será aplicada a todos os processos que versem sobre igual questão. Neste sentido, o projeto determina que os tribunais promoverão a formação e atualização de um banco eletrônico, a fim de dar divulgação e publicidade à sociedade e aos operadores do direito.

Importante salientar que, em termos gerais, vai se permitir que quaisquer tribunais, não só o Supremo Tribunal Federal, acabe por vincular seus precedentes, com a mesma força típica das súmulas vinculantes. Tanto é assim, que eventual descumprimento ensejará o remédio da reclamação.

Por fim, vale destacar que a *representatividade adequada* corresponde à necessidade de demonstração de órgãos, pessoas ou conjuntos de pessoas para figurar na titularidade de processos de relevância coletiva. Conquanto a dispensa da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas seja tese defensável, o art. 935 do novel Código de Processo Civil, ao permitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades, exige que estas *comproven interesse na controvérsia*.

A mera participação não significa titularidade para propositura. Apenas o juiz (ou relator), de ofício, ou as partes, a

¹⁶⁰ O referido projeto tramita atualmente junto ao Senado Federal na forma do PL 8.046/2010.

defensoria e o ministério público, por petição, estão autorizados a instaurar o IRDR. Logo, somente subsidiariamente será possível que órgãos, pessoas ou conjuntos de pessoas passem a figurar como coautores do referido incidente.

5 CONCLUSÃO

O direito processual civil, enquanto ciência humana sujeita aos mais variados temperos sociais, políticos, econômicos e jurídicos, está em *constante evolução*.

Na origem do direito processual civil, cujo berço maior remonta ao direito romano, confundia-se o processo com o direito material em movimento. Nos primórdios desta *fase sincretista*, primeiro a *actio* deveria ser admitida pelo pretor (etapa pública) para depois as partes serem submetidas a uma sentença por um árbitro por elas escolhido (etapa privada). Com a expansão territorial de Roma e o aumento da complexidade das relações sociais, tornou-se necessária a criação de *formulas* específicas pelos pretores, a serem seguidas por árbitros privados. Surge a representação pelo advogado, profissional constituído para intermediar os interesses das partes. Aos poucos *o processo, antes misto, torna-se público, concentrado nas mãos dos juízes profissionais*.

A queda do império romano, a idade das trevas e *a ascensão da igreja apostólica romana transformaram o direito em um dogma*, uma verdade incontestável, calcado na autoridade divina, reforçando a figura paternal do Estado e o monopólio da jurisdição. Neste instante, ainda entendido o *direito processual civil como um apêndice do direito material*, busca-se explicar a relação estabelecida entre autor, juiz e réu, com esteio nas relações obrigacionais (quase-contrato).

Em meados do século XIX, a discussão acerca da existência de um direito autônomo, paralelo e independente do direito material deu início a uma série de estudos com o intuito de identificar os pilares desta nova ciência. Durante esta *fase científica* desenvolveu-se o estudo da relação jurídica processual, a discussão acerca da natureza jurídica da *ação como um direito autônomo* (concreto ou abstrato, privado ou público) e, no Brasil, por forte influência da doutrina italiana, o desenvolvimento dos elementos e das condições da ação.

Outros estudos, no decorrer da fase autonomista, na tentativa de desatar por vez o nó que ligava o direito processual ao direito material, ainda procuraram justificar a *natureza jurídica do processo como uma situação jurídica ou uma instituição*. Se antes o direito processual e o direito material caminhavam juntos, agora o *cientificismo exacerbado* buscava a todo custo demonstrar a independência do processo e sua afirmação cada vez maior como ciência autônoma.

A *fase instrumental* propõe que a discussão acerca da ação saia do centro das atenções e dê lugar à ideia de jurisdição, entendida como o poder capaz de se tornar o fator de unidade dos *escopos social, político e*

jurídico perseguidos pela sociedade. A instrumentalidade, pelo sentido negativo, impõe que o processo não seja considerado um valor em si mesmo. *O processo não pode ser considerado um fim em si mesmo*. Ao contrário, a sua maior razão de existir não é outra senão servir de meio, de instrumento, para a realização das finalidades eleitas pelo Estado. No sentido positivo, a instrumentalidade só poderá ser alcançada se *permitir o acesso universal à jurisdição, respeitar o contraditório, realizar o sentimento social de justiça e produzir efeitos no plano concreto*.

A relação que se estabelece entre o direito material e o direito processual não deve ser de continência ou submissão, mas sim de colaboração mútua e complementar (*teoria circular dos planos*).

A evolução do direito processual civil não pode ser estudada sob uma visão hermética, distante das infinitas variáveis que o circundam e com ele interagem. Neste tocante, fenômeno importante a ser levado em consideração é, sem dúvida, a *constitucionalização do direito*.

Os horrores experimentados durante a segunda grande guerra inauguraram o *neoconstitucionalismo*, identificado, basicamente, pela consolidação do estado democrático de direito a partir da sua *centralização nos direitos fundamentais* (caracterizados pela fundamentalidade, internacionalização, inalienabilidade, indivisibilidade, historicidade, inexauribilidade, transindividualidade, imediatidade, harmonização, proibição do retrocesso e efetividade, dentre outros), da *reaproximação entre o direito e a ética* e de uma *nova dogmática de interpretação constitucional* que garanta a unidade, a harmonia e a força normativa das normas constitucionais.

No neoprocessualismo não se nega a importância, a coexistência e a necessidade da presença de características marcantes trazidas pelas demais fases percorridas pela ciência processual. Deste modo, foi fundamental ao desenvolvimento do direito processual ser e continuar a ser tratado como uma ciência autônoma, constituída de seus próprios princípios e institutos. Ainda, deve ser sempre ressaltada a visão instrumental do processo, proporcionando a reaproximação entre o processo e o direito material, coexistindo em uma relação de constante simbiose para obtenção do fim pelo meio.

O neoprocessualismo diferencia-se ao propor o desatar do processo das amarras da jurisdição por meio da *ampliação do conceito de processo*. Atualmente, o direito processual civil, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, demonstra que jurisdição não é mais inerente ao conceito de processo. Logo, *existe processo sem jurisdição*. Exemplos são o processo administrativo e a arbitragem. Assim, o

neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito processual civil proporcionam o *repensar do conceito de processo*.

Existem *diferentes graus de princípios* no direito processual civil. Os princípios de terceiro grau representam normas ideais e orientadoras, ao passo que os princípios de segundo grau constituem-se nos princípios fundamentais do direito processual civil (juiz natural, acesso à justiça e contraditório), de onde decorrem as diversas espécies de princípios de primeiro grau.

De acordo com os *princípios de terceiro grau*, o processo deve: desenvolver-se com os atos e as formas mais capazes de descobrir a verdade e evitar o erro (*princípio lógico*); procurar obter o maior resultado com o mínimo de esforço (*princípio econômico*); servir-se de instrumento capaz de prover a máxima garantia social com o mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas (*princípio político*); tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade (*princípio jurídico*); garantir pleno acesso aos meios de justiça, potencializar a utilidade dos procedimentos e pautar-se pela efetividade do processo (*princípio instrumental*); e, zelar pela supremacia do interesse social, pela função social do direito pela manutenção de um mínimo existencial às minorias por meio de ações afirmativas (*princípio efetivo*).

Derivam do postulado do *juiz natural* os seguintes princípios: inércia da jurisdição, independência, imparcialidade, inafastabilidade, gratuidade aos mais pobres, investidura, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade, inevitabilidade, independência relativa entre as esferas civil e penal, *perpetuatio jurisdictiones* e recursividade.

Emanam do axioma do *acesso à justiça* os princípios a seguir arrolados: demanda, incondicionalidade, dispositivo, concentração, eventualidade, substanciação e *perpetuatio legitimationis*.

Decorrem do princípio do *devido processo legal*: oficiosidade, impulso oficial, lealdade processual, contraditório, ampla defesa, representação por advogado, publicidade, celeridade, preclusão, indisponibilidade procedimental, ordinariade, informalidade, instrumentalidade, aproveitamento dos atos processuais, prejuízo, convalidação, causalidade, verdade real, licitude da prova, busca pela verdade real, ônus da prova, comunhão da prova, imediatidade, concentração, originalidade, correlação, *iura novit curia*, identidade física do juiz, livre convencimento motivado, motivação, persuasão racional, sucumbência, imutabilidade da sentença, duplo grau de

jurisdição, remessa oficial, taxatividade dos recursos, singularidade dos recursos, fungibilidade e proibição da *reformatio in pejus*.

Não há neutralidade no exercício da interpretação por parte do magistrado, sendo relevantes fatores diversos, como a capacidade intelectual, as experiências de vida, o perfil ideológico e o contexto social. Toda interpretação judicial é naturalmente criativa, quando da aplicação do direito à luz do caso em concerto. O juiz não age como a *inanimada boca da lei*. Ao juiz incumbe o papel de esclarecer, integrar, transformar e criar novo direito na solução dos casos postos à baila. Embora os processos judicial e legislativo aproximem-se quanto à criatividade no direito, diferem-se quanto ao modo de produzi-lo.

O *welfare state* (estado do bem-estar social) do início do século XX, em resposta ao capitalismo desenfreado da revolução industrial, mormente por meio da regulação dos direitos do trabalho, saúde, previdência, educação e segurança, foi criado a partir de marcante atividade legislativa. Todavia, o legislador tornou-se incapaz de acompanhar, no exercício de sua função, a velocidade das necessidades que a realidade impõe. Por isso, a legislação social possui nítidos contornos programáticos, delegando ao juiz maior grau de discricionariedade.

A fim de compensar a sobrecarga e a paralisia do poder legislativo e controlar os efeitos colaterais e não desejados da massificação dos meios de produção, notadamente a partir da segunda metade do século XX, centralizou-se um aparato grandioso em torno do poder executivo, composto de órgãos, autarquias e agências reguladoras, a quem foram confiadas tarefas de normatização e fiscalização.

Assim, os poderes legislativo e executivo transformaram-se em dois grandes gigantes: o primeiro lento e ineficaz, o segundo potencialmente paternalista e centralizador. Neste momento surge a necessidade de *afirmação de um terceiro gigante*, a fim de manter o equilíbrio entre os poderes: o poder judiciário ultrapassa a tarefa de solucionar conflitos privados e passa a exercer importante papel de *controle político* à luz dos *novos direitos*, ampliando a necessidade do ativismo e criatividade judicial.

A atividade criativa do juiz não é ilimitada. Pauta-se na razoabilidade, no *bom senso*, devendo observar três limites processuais: a imparcialidade, a observância do contraditório e a necessidade de o processo judicial nunca ser iniciado *ex officio*.

Podem-se apontar os seguintes *aspectos favoráveis à criatividade judicial*: o direito exige interpretação; há um dever mínimo de fundamentação das decisões judiciais; a mera reprodução da lei pode ser

causa de injustiça social; o legislador não é capaz de prever todas as situações; o poder judiciário deve se tornar um terceiro gigante para manter o equilíbrio entre os poderes; há forte crise de legitimidade da representação política em torno do poder legislativo e incapacidade de o poder executivo atender a todas as demandas sociais.

Por outro lado, destacam-se como *fatores contrários à criatividade judicial*: a possibilidade de arbítrio na tomada das decisões judiciais; dificuldade de controle social: menor acesso do cidadão ao conhecimento das decisões judiciárias; a eficácia retroativa das decisões declaratórias pode gerar insegurança social; a magistratura não possui aparelhamento necessário a permitir a investigação de fenômenos extrajurídicos; a independência funcional revela maior tendência ao abuso do poder.

Tendo em consideração a incapacidade dos paradigmas da ciência tradicional (simplicidade, estabilidade e objetividade) em responder aos anseios sociais, em razão de um novo instante marcado pela complexidade, instabilidade e intersubjetividade das relações sociais, a sociedade deposita a confiança de que o processo seja um instrumento de concretização de direitos fundamentais.

Neste sentido a *efetividade do processo*: consiste na potencialidade do processo em atingir melhor os seus objetivos, por intermédio do binômio segurança-celeridade. Nesta perspectiva, a efetividade traduz-se em uma qualidade do processo e, ao mesmo tempo, em uma *garantia fundamental*.

A busca pela efetividade do processo passou a nortear o legislador na construção de novas técnicas processuais, aproximando o sistema do *civil law*, adotado no Brasil, ao *common law*, utilizado nos países de origem anglo-saxã. O *civil law* confere especial importância ao direito escrito, baseando-se no modelo paternalista de Estado, em que juízes concursados aplicam o direito sob a estrita observância das leis. O *common law*, por outro lado, funda-se nos costumes locais e na cultura da comunidade, exercendo os juízes, normalmente eleitos, um maior papel pacificador; ainda, na utilização de mecanismos processuais de seleção dos assuntos que chegam às cortes superiores (normalmente quando interessam à coletividade); por fim, na utilização de decisões emblemáticas (*stare decisis*) para a solução das controvérsias judiciais, a partir da tese jurídica ou da interpretação consagrada na decisão (*ratio decidendi*).

A aludida aproximação entre os grandes sistemas jurídicos constata-se na *transcendência judicial*: possibilidade de resolução de interesses inicialmente subjetivos, ligados apenas às partes, e de

expansão de seus efeitos sobre toda a coletividade, pela utilização de *técnicas de filtragem de acesso às instâncias superiores* e de *técnicas de vinculação às decisões judiciais*.

São exemplos de *técnicas de filtragem de acesso às instâncias superiores*, no ordenamento pátrio, a negativa do relator de prosseguimento de recurso manifestamente inadmissível, o julgamento liminar de improcedência de tese jurídica, o sobrestamento do recurso extraordinário ou do recurso especial com idêntica fundamentação jurídica, e a repercussão geral no recurso extraordinário.

Podem ser citados como exemplos de *técnicas de vinculação às decisões judiciais*: a abstração do controle difuso, a súmula vinculante, a reclamação constitucional e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ante todo o exposto, podem ser identificadas as *principais características do neoprocessualismo*:

a) *Constante evolução do direito processual civil*: a historicidade deste permite a coexistência do momento atual com as conquistas anteriores (cientificidade e instrumentalidade) e futuras;

b) *Intensa constitucionalização do direito processual civil*: existe a tendência de multiplicação de princípios constitucionais processuais, a fim de permitir ao julgador a modulação da intensidade de diferentes axiomas processuais em aparente conflito à luz de um caso em concreto, por meio da técnica de ponderação de valores.

c) *Ampliação do conceito de processo*: o processo consiste em um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais. Logo, é possível que exista processo dentro e fora da jurisdição, tornando possível a aplicação dos princípios constitucionais processuais na arbitragem e no processo administrativo.

d) *Prevalência dos princípios*: o direito processual civil deve ser criado, interpretado e aplicado a partir dos princípios que emanam da Constituição, sob pena violação ao pacto político fundamental. Os princípios tornam-se o elo que unem o processo civil à Constituição.

e) *Processo civil como um espaço democrático e de preservação de conquistas sociais*: mais que um mero instrumento de obtenção de tutela jurisdicional, o processo civil (dentro ou fora da jurisdição) transforma-se em um meio permanente e indispensável ao exercício da cidadania, exigindo maior capacidade ética na aplicação de seus institutos.

f) *Expansão da criatividade judicial*: o processo deve ser um meio de expansão da interpretação e criatividade judicial para a conservação e concretização de direitos fundamentais quando a lei não for bastante para cumprir sua função social.

g) *Centralização do estudo, criação e aplicação de institutos que pautem pela efetividade do processo*: diante da eminente *crise de credibilidade* do sistema processual, resta a necessidade de *centralizar o estudo do processo dos institutos processuais na efetividade* que produzem, tendo-se por base o binômio segurança-celeridade.

h) *Aproximação entre “civil law” e “common law”*: o desenvolvimento de técnicas de filtragem às instâncias superiores e técnicas de vinculação às decisões judiciais, no Brasil, aproximam os dois sistemas, revelando a tendência de objetivação do processo por meio da transcendência jurisprudencial.

Assim, da constante expansão dos axiomas constitucionais surge uma nova fase evolutiva da ciência processual, o *neoprocessualismo*: o estudo da mudança paradigmática do direito processual civil e suas tendências, a partir das influências do neoconstitucionalismo, tornando-o mais humano e apto à realização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria das direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Revista dos Tribunais, vol. 300. São Paulo: RT, 1961.

BARENDT, Eric M.. *An introduction to constitutional law*. New York: Oxford, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual**. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 6ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

_____. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 3ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 13 de janeiro de 2012.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

BERNABENTOS, Omar Abel. ***Teoria general del proceso***. Tomo 2. Rosario: Juris, 2005.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÜLOW, Oscar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Lições de direito processual civil**. Vol. 2. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997,

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Processo, ideologias e sociedade. Vol. I.** Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Processo, ideologias e sociedade. Vol. II.** Trad. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação.** São Paulo: Cultrix, 1982.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.panoptica.org>>.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial.** Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil. V. 1.** São Paulo: Classic Book, 2000.

CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DE CICCIO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade**. São Paulo: Ícone, 1993.

DAMASKA, Mirjan R.. *The faces of justice and state authority*. Yale: Yale University, 1986.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2011.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil.** Campinas: Bookseller, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mario Curtis. **História de roma.** 5. ed. Petrópolis: Vozes.

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega.** São Paulo: Difel, 1980.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil.** Tomos I e II. Campinas: Bookseller, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito processual civil brasileiro.** Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil.* Tomo I. Madrid: M Aguiar, 1943.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional.* Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: UNAM, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais: comparativo entre as reformas judiciais do Brasil e da Alemanha.** Campinas: Millenium, 2004.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 14. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

HUTCHINSON, Allan C.. *Evolution and the common law*. New York: Cambridge, 2005.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Conceito, 2011.

_____. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

LAMY, Eduardo; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACIEL, Jarbas. **Elementos de teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1974.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARIN, Jeferson Dytz (Org.). **Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material**. Curitiba: Juruá, 2008.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORIN, Edgard. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional**. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo, n. 137. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Org.). **Constituição e processo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações. Tomo 1**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO. Geral Luiz Mascarenhas. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRATA, Edson. **História do processo civil e sua projeção no direito moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 7, n. 29, outubro-dezembro de 1999, p. 55-65.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil. Vol. 1**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Primeiras linhas de processo civil. Vol. 2**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Fábio Costa (Org.). **Acesso à Justiça. Segunda série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Bastos. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russel, 2008.

TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, 2011.

THEODORO JÚNIOR. Humberto Teodoro. **Curso de direito processual civil. Vol. 1**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Curso de direito processual civil. Vol. 2**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. Campinas: Papyrus, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Vol. 1.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre "la actio"*. Buenos Aires: Europa-America, 1974.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional.** Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.